# Kann das dingliche Recht des Hypothekengläubigers durch eine Bürgschaft gesichert werden?

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

*Erlangung der juristischen Doktorwürde*

der

*Hohen Rechts- und Wirtschafts-wissenschaftlichen Fakultät der Landes-Universität Rostock*

vorgelegt von

WALTHER SCHOENBERNER

aus Berlin-Dahlem

1926

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV.
LEIDEN

Referent:

PROFESSOR DR. WALSMANN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

# Inhaltsverzeichnis.


| | Seite |
|---|---|
| Einleitung: Hinweis auf den über diese Frage herrschenden Streit | 1- 3 |
| § 1. Das Wesen der Bürgschaft | 4-14 |
| a) Die fideiussio | 4- 5 |
| b) Die gemeinrechtliche Bürgschaft | 5- 9 |
| c) Die Bürgschaft des BGB. | 9-13 |
| α) „einstehen"? | 10 |
| β) „Verbindlichkeit"? | 10-12 |
| γ) „einstehen für eine Verbindlichkeit"? | 12-13 |
| d) Das Verhältnis der Bürgschaft zur Naturalobligation | 13-14 |
| § 2. Das Wesen der Hypothek | 14-30 |
| a) Allgemeines | 14-17 |
| b) Die Konstruktion des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers | 17-30 |
| § 3. Bieten die gegebenen Gesetzesbestimmungen dem Hypothekengläubiger genügenden Schutz zur Sicherung seines dinglichen Rechtes? | 30-33 |
| § 4. Ist eine Bürgschaftsverpflichtung zum Zwecke der Sicherung einer Hypothek mit dem Wesen der Hypothek vereinbar? | 34-38 |
| § 5. Wie läßt sich eine rechtlich mögliche Sicherung des materiellen Wertes einer Hypothek schaffen? | 39-42 |

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0093

# Literaturverzeichnis.


1. Achilles-Gebhard-Spahn, Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. III. Sachenrecht. 1899.
2. Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1920.
3. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, I, 2. Bd. 1828.
4. Archiv für bürgerliches Recht (Kohler, Ring und Oertmann), Bd. 20; 28.
5. Archiv für Zivilistische Praxis, Bd. 69, 91, 105.
6. Biermann, Bürgerliches Recht, Bd. 1. Allgemeine Lehren und Personenrecht 1908; das Sachenrecht des BGB. 3. Aufl. 1914.
7. Corpus Juris Civilis, Krueger-Mommsen 1920.
8. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. und 8. Aufl. 1924.
9. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1902.
10. Czyhlarz, Karl, Ritter von, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 13. und 14. Aufl. 1914.
11. Das Recht (herausgegeben von Sörgel), 1902, 1911, 1913, 1916, 1918.
12. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. und 4. Aufl. 1906/09.
13. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I. 4. Aufl. 1884.
14. Deutsche Juristenzeitung 1919.
15. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl. 1903.
16. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1. Abt. Allgem. Teil, 25./29. Aufl. 1926; I. Bd. 2. Abt. Recht der Schuldverhältnisse 18./22. Aufl. 1923; II. Bd. 1. Abt. Das Sachenrecht, 6. Bearbeitung 1926.
17. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 34, 52, 66, 69, 72, 73, 81, 92, 93.
18. Falkmann-Mugdan, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 12, 18, 25, 26, 29, 32, 34, 43.
19. Fuchs, Eugen (Geh. Justizrat), Grundbegriffe des Sachenrechts. 1917.
20. Fuchs (Oberlandesgerichtsrat), Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71.
21. Gareis-Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, I. Buch, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1908.
22. Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes. 1894.
23. Gierke, Deutsches Privatrecht. 2. Bd. Sachenrecht. 1905.
24. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1851.
25. Goldschmidt, Julian, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 20.
26. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 55, 60.
27. Grünhut, C. S., Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 5, Wien 1878.
28. Güthe, Georg, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts. 1914.

29. Hasenbalg, H., Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870.
30. Hein, Wolfgang, Duldung der Zwangsvollstreckung 1911.
31. Herms, Hermann, Die Bürgschaft nach BGB. Diss. 1900.
32. Hessische Rechtsprechung 1912.
33. Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung. I. Teil. 1910.
34. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 33, 50, 68.
35. Johow und Ring, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 25, 29, 30, 36, 40, 41.
36. Juristische Wochenschrift. 1906, 1912, 1914, 1916, 1923.
37. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. 1919, 1920, 1922.
38. Marwitz, W., in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. I, 1926.
39. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. 1914.
40. Meibom, V. v., Das mecklenburgische Hypothekenrecht. 1871.
41. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. II. Obligationenrecht. Bd. III. Sachenrecht. 1899.
42. Neumann, Hugo, Jahrbuch des deutschen Rechts. 1913, 1914, 1917, 1918, 1919, 1924.
43. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 6. Aufl. 1912.
44. Nußbaum, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens. 2. Aufl. 1921.
45. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl. 1910.
46. Pandekten von Heinrich Dernburg, 2. Bd. 7. Aufl. 1903.
47. Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II, 1 Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1914; III, Sachenrecht. 4. Aufl. 1920.
48. Preußisches Eigentumserwerbsgesetz vom 5. 5. 1872.
49. Puntschart, Paul, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur. 1900.
50. Reichel, Die Schuldmitübernahme. (Kumulative Schuldübernahme). Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 39. München 1909.
51. Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. I. 5. Aufl. 1923.
52. Salkowski, Carl, Institutionen, 9. Aufl. 1907.
53. Schulz, Fritz, Archiv für Zivilistische Praxis Bd. 105.
54. Schwarze, Kuno, Die Abhängigkeit der Bürgschaft von ihrem Grundgeschäft. Diss. 1909
55. v. Schwind, Ernst Frhr., Schuld und Haftung im geltenden Recht, Jherings Jahrb., Bd. 68.
56. v. Schwind, Ernst Frhr., Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.
57. Seufferts Archiv, Bd. 59, 63, 64, 65, 75.
58. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71 (1906), Bd. 75 (1910).
59. Seyffert, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem deutschen BGB. Diss. Lpzg. 1905.
60. Siber, Heinrich, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
61. Siber, Heinrich, Jherings Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgerl. Rechts Bd. 50.
62. Siebenhaar, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.
63. Sörgel, Rechtsprechung, Jahrbuch des Zivilrechts. 1923.
64. Sohm, Grünhut, C. S. Zeitschrift f. d. Priv. u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. 5, Wien 1878.
65. Sohm, Rudolph (Mitteis-Wenger), Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1923.

66. Staub-(Koenige), Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Bd. 12./13. Aufl. 1926.
67. Staudinger, Kommentar zum BGB. I. Allgem .Teil; III. 1. und 2. Sachenrecht, 9. Aufl. 1926. II, 1. und 2. Schuldverhältnisse. 7. und 8. Aufl. 1912.
68. Stobbe-Lehmann = O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II. Bd. 3. Aufl., neu bearbeitet von H. O. Lehmann. 2. Halbbd. Berlin 1897.
69. Teuffel, Schutzmittel des Gläubigers, wenn eine Gefährdung der hpothekarischen Sicherheit zu besorgen ist. Diss. 1910.
70. Titze, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. Bd. 8.
71. v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910.
72. Unger, Joseph, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im deutschen Entwurfe (Jherings Jahrb. d. Dogm. Bd. 29).
73. Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. 1909, 1910, 1913, 1914, 1916, 1917.
74. Weisbecker, Die Grundschuld in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung. 1922.
75. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Rechts- und staatswissenschaftliche Studien, Heft 33). Berlin 1908.
76. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1906, 1907.
77. Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. 1913/14. 1921/22.
78. Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (Baumbach) 1924.
79. Zwangsversteigerungsgesetz, Jäger, Reichszivilgesetze.

# Einleitung.

## Hinweis auf den über diese Frage herrschenden Streit.

Zwei Gesichtspunkte lassen es geraten erscheinen, die Frage, ob das dingliche Recht des Hypothekengläubigers durch eine Bürgschaft gesichert werden könne, die bisher vom Reichsgericht verneint[1]), von Martin Wolff aber in seinem Lehrbuch über das Sachenrecht bejaht worden ist[2]), zum Gegenstand einer wissenschaftlichen Bearbeitung zu machen.

Einmal die praktische Tatsache, daß der Gläubiger ein lebhaftes Interesse an der Sicherheit der ihm bestellten Hypothek hat, so daß für den Gesetzgeber die Pflicht besteht, ihn in seinen berechtigten Interessen zu schützen, sowie ferner der Wunsch des Rechtstheoretikers, den Kampf zweier Rechtsauffassungen von grundlegender Bedeutung, deren Gegensätze sich in dieser Frage besonders stark offenbaren, zum Austrag zu bringen.

Der 7. Zivilsenat des Reichsgerichts lehnt in seinem Urteil vom 5. Juli 1918 die Möglichkeit einer Bürgschaft zur Sicherung einer Hypothek mit dem Hinweis auf die Dinglichkeit der Hypothek ab. Die Hypothek sei ein Recht an einem Grundstück und begründe keinen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer, der diesen zu einer Leistung verpflichte. „Deshalb", so heißt es wörtlich, „kann das dingliche Recht des Hypothekengläubigers auch nicht zum Gegenstand einer Bürgschaft gemacht werden, denn diese setzt nach § 765 BGB. die schuldrechtliche Verbindlichkeit eines Dritten voraus, für die einzustehen, der Bürge sich verpflichtet. Was in Planecks Kommentar[3]) für die Grundschuld ausgesprochen wird, daß es nämlich eine Bürgschaft dafür nicht gibt, das gilt ebenso und aus den gleichen Gründen für das dingliche Recht des Hypothekengläubigers"[4]).

[1]) RG. 93, 236; Recht 1913, Nr. 1464.
[2]) Wolff, S.R. § 131, IV.
[3]) Planck, 4. Aufl., Bd. 2, Abt. 1, S. 35.
[4]) RG. 93, 236.

Das Reichsgericht lehnt also mangels einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit des Grundstückseigentümers gegenüber dem Hypothekengläubiger bei der Hypothek die Möglichkeit einer Bürgschaftsübernahme durch einen Dritten ab.

Diese Auffassung des Reichsgerichts tritt noch deutlicher in einer älteren Entscheidung, und zwar in der des 6. Zivilsenats vom 13. März 1913, hervor, in der es heißt: „Für eine Grundschuld kann nicht eine Ausfallbürgschaft, sondern nur eine Garantie übernommen werden. Eine Bürgschaft für eine rein dingliche Schuld ist überhaupt nicht denkbar: die Bürgschaft ist stets ein Einstehen für die persönliche Verpflichtung eines Hauptschuldners; ein Einstehen für eine dingliche Schuld ist nicht Bürgschaft, sondern Garantievertrag[5])". Das Eingehen einer Bürgschaftsverpflichtung wird also von dem Bestand einer persönlichen Verpflichtung eines Hauptschuldners abhängig gemacht, und da diese in Ansehung des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers nach den soeben wiedergegebenen Ansichten des Reichsgerichts fehlt, so ist daher eine Bürgschaftsbestellung ausgeschlossen.

Diesen Urteilsbegründungen stehen die Ausführungen Martin Wolffs entgegen, der aus der Tatsache, daß das BGB. und die ZPO. die für ein obligatorisches Recht gegebenen Bestimmungen auch auf ein dingliches Recht zur Anwendung bringen oder, wie er sich ausdrückt, „daß unsere Zivil- und Prozeßgesetze das Recht zur Entnahme einer Geldsumme aus einer Sache einem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleichbehandeln," zu besonderen Folgerungen kommt. Nach Wolff soll es in der Tat möglich sein, daß der Grundstückseigentümer oder ein Dritter dem Hypothekengläubiger gegenüber die Bürgschaft nicht für die Hypothekenforderung, sondern dafür übernimmt, daß dem Grundstück der Schuldbetrag abgewonnen werden könne[6])". Der Hypothekengläubiger müsse ohne das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer einen Dritten oder den Grundstückseigentümer nicht nur für die der Hypothek zugrunde liegende Darlehnsforderung, sondern auch dafür bürgen lassen können, daß er im Falle der in das Grundstück des Eigentümers betriebenen Zwangsvollstreckung den hypothekarisch ge-

[5]) RG. Recht, 1913, Nr. 1464; so auch im Ergebnis Stillschweig, JW. 1914, 334/35; Oertmann DJZ. 1919, 228; Zschaller, Leipz. Z. 1919, 842.

[6]) Wolff, S.R. § 131, IV.

sicherten Betrag tatsächlich aus dem Grundstück erhalte, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück also von Erfolg begleitet sei.

Das dingliche Verwertungsrecht des Hypothekengläubigers soll also ohne das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit durch eine Bürgschaftsbestellung sicherbar sein.

Zu dieser Behauptung wird Wolff von denselben Erwägungen geführt wie in zwei anderen ähnlich gelagerten Fällen.

Er gibt einmal dem Eigentümer der pfandbelasteten Sache zur Abwendung der Geltendmachung des Pfandverwertungsrechtes seitens des Fahrnispfandgläubigers die Einrede des persönlichen Schuldners, obgleich § 1211 BGB. nur vom Verpfänder und nicht vom Eigentümer spricht, und billigt zum zweiten die Klage auf künftige Leistung gemäß § 259 ZPO. auch dem ein Grund- und Fahrnispfandrecht geltend machenden Kläger zu.

Genau so wie in diesen Fällen sollen auch bezüglich des dinglichen Rechtes bei der Hypothek Gesetzesbestimmungen — und zwar die über die Bürgschaft — Anwendung finden, die an sich auf andere Verhältnisse abgestellt sind.

Es wird daher Aufgabe dieser Darstellung sein, im folgenden auf Grund eingehender Behandlung der in Frage kommenden Rechtsinstitute — der Bürgschaft und der Hypothek — festzustellen, ob der Auffassung Martin Wolffs Raum gegeben werden und wie unter Berücksichtigung der Prüfung des wirtschaftlichen Bedürfnisses der Lösung dieser Frage eine rechtliche Regelung erfolgen kann.

## § 1.

### Das Wesen der Bürgschaft.

Das BGB. definiert in § 765 die Bürgschaft als einen Vertrag, durch den sich der Bürge dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit dieses Dritten einzustehen[7]).

Daß diese Formulierung des Gesetzestextes den Bürgschaftsbegriff klar herausstellte, wird nicht behauptet werden können; denn es drängen sich einem folgende Fragen auf:

Was versteht der Gesetzgeber unter „einstehen", „Verbindlichkeit" und was schließlich unter „einstehen für eine Verbindlichkeit"?

Da in der neueren Literatur, abgesehen von der Darstellung von Westerkamp[8]), auf diese Fragen nicht eingegangen worden ist[9]), erscheint es zur Klärung derselben angezeigt, auf ältere Darstellungen und Rechtsquellen zur Erkenntnis des gesetzgeberischen Willens zurückzugreifen.

Selbstverständlich kann hierbei nicht auf den Streit der Meinungen vergangener Rechtsepochen im einzelnen eingegangen werden. Eine eingehendere Behandlung der verschiedenen, vertretenen Auffassungen würde aus dem Rahmen dieser Darstellung herausfallen. Es kann nur auf Grund des allen Gemeinsamen der Versuch gemacht werden, zu einer klaren Vorstellung über den Bürgschaftsbegriff im geltenden Recht zu gelangen.

#### a) Die fideiussio.

Zum Ausgangspunkt meiner Betrachtung wähle ich das römische Recht, wo die Bürgschaft ganz allgemein als eine Art der Interzession, d. h. der Übernahme einer fremden Schuld in die Erscheinung tritt[10]), und gehe hier auf das Institut des justinianeischen Rechtes, die fideiussio, ein[11]), das sich als das echte Bürgschaftsgeschäft des Corpus iuris darstellt[12]).

---

[7]) Marwitz, Bürgschaft 1.
[8]) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldverhältnis S. 39, 150.
[9]) Titze, Schuldverhältnisse, § 37; Staub-Koenige § 349, Anm. 2, die sich bezüglich der Begriffsbestimmung der Bürgschaft an die Legaldefinition des BGB. anschließen.
[10]) Czyhlarz § 83, B, 2, b; Sohm § 69, I, 3.
[11]) Endemann § 64, III b.
[12]) Sohm § 69, I, 3.

Die fideiussio begründete eine streng akzessorische Verpflichtung des fideiussor, d. h. der Bürge haftete neben dem Hauptschuldner für dessen ganze Verbindlichkeit, aber nur sofern eine gültige Hauptschuld bestand und soweit diese reichte. Die Bürgschaft durfte daher nicht auf ein aliud noch in duriorem causam eingegangen werden[13]). Der Bürge hatte ursprünglich die Stellung eines dem Hauptschuldner völlig gleichstehenden Schuldners, der ebenso wie der Hauptschuldner auf die gleiche Leistung in Anspruch genommen werden konnte wie der Hauptschuldner, d. h. der Gläubiger konnte anstatt die Leistung vom Hauptschuldner von dem Bürgen verlangen[14]). Erst Justinian führte durch die Nov. 4, cap. 1 — das beneficium excussionis — die subsidiäre Haftung des Bürgen ein, die dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger das Recht gab, erst die Inanspruchnahme des Schuldners zu verlangen und dann, und auch nur soweit er nicht entsprechend befriedigt war, die Deckung des erlittenen Ausfalls zu fordern[15]).

Fideiussio war daher Übernahme einer fremden Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber als Nebenschuldner zwecks Sicherung der vertragsmäßigen Erfüllung der Hauptschuld, wobei der Bürge das gleiche wie der Hauptschuldner schuldete.

### b) Die gemeinrechtliche Bürgschaft.

Das gemeine Recht hat es trotz seiner über 400jährigen Geltung nicht vermocht, einen einheitlichen Bürgschaftsbegriff aufzustellen. Westerkamp führt allein sechs, Hasenbalg sogar neun verschiedene Begriffsbestimmungen der Bürgschaft auf[16]). Der Grund zu dieser Vielgestaltigkeit der Auffassungen muß wohl darin gesehen werden, daß eine Einigung darüber nicht erzielt werden konnte, welches römische Institut — die fideiussio oder das constitutum debiti alieni — in ihren abgewandelten Formen im gemeinen Recht den Bürgschaftsbegriff am deutlichsten hervortreten ließ.

Die einen sagen, daß nur die freier entwickelte fideiussio der Römer Bürgschaft sein könne, weil nur die Stipulationsbürgschaft eigentliche Bürgschaft in Rom war[17]).

---

[13]) D. 46. 1. 8. 7; J. 3. 20. 5.
[14]) Westerkamp S. 145; Geib S. 50.
[15]) So im Ergebnis Endemann § 64.
[16]) Westerkamp S. 45; Hasenbalg S. 51, 52.
[17]) Dernburg, Pand. Bd. II, S. 211, Note 1; Schwarze, Diss., S. 15 und RG. 10, 186.

Die anderen wollen den gemeinrechtlichen Bürgschaftsbegriff als auf einer Verschmelzung von constitutum debiti alieni und fideiussio beruhend bezeichnen, bei welcher Annahme man allerdings gehalten sei, sich mehr an die fideiussio anzulehnen[18]).

Eine endgültige Entscheidung darüber, welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, ist bis heute nicht gefallen.

Ich möchte mich, da auch die letztvertretene Ansicht eine Anlehnung an die fideiussio empfiehlt, für die erste Auffassung entscheiden. —

Geht man nun alle die verschiedenen gemeinrechtlichen Begriffsbestimmungen der Bürgschaft durch, so kann man die Bürgschaft des gemeinen Rechtes wohl dahin definieren:

Bürgschaft ist die vertragsmäßige Verpflichtung, die jemand mit dem Gläubiger eines Dritten dahingehend eingeht, für die Verbindlichkeit (Erfüllung der Forderung) des Dritten, die derselbe zu erfüllen (leisten) verpflichtet bleibt, neben diesem Dritten haften (einstehen) zu wollen[19]).

Diese Erklärung des Bürgen, für die Verbindlichkeit des Schuldners neben diesem einstehen zu wollen, läßt sich nach gemeinem Recht in folgende drei Einzelverpflichtungen, die in ihrer Gesamtheit erst die Bürgschaftsverpflichtung begründen, auflösen:

Einmal: der Bürge will die Schuld, die der Dritte seinem Gläubiger schuldet, als die Schuld des Dritten schulden.

Zum anderen: der Bürge will die Schuld, die der Dritte schuldet, nicht allein schulden, sondern neben ihm, so daß eine Schuldbefreiung des Dritten dadurch nicht eintritt.

Zum letzten: der Bürge will die Schuld, die der Dritte schuldet, wohl als Schuld des Dritten und neben ihm schulden, aber nicht in den gleichen Ausmaßen wie der Dritte sie schuldet, sondern nur in der Art und dem Umfang, wie es für einen Bürgen von der Rechtsordnung bestimmt wird[20]).

Daß alle drei Erklärungen in dieser exakten Form dem Inhalt des Vertrages zugrunde liegen müssen, um den Vertrag als einen Bürgschaftsvertrag zu charakterisieren, sei an folgendem Beispiel gezeigt.

---

[18]) Girtanner S. 381; Windscheid-Kipp, Pand. § 476.

[19]) Dernburg, Pand. II § 76; Windscheid-Kipp, Pand. § 476; Girtanner S. 315 und die bei Hasenbalg S. 55 aufgeführten Definitionen.

[20]) So im Ergebnis Hasenbalg S. 52.

G = Gläubiger, S = Schuldner (Dritter) und B = Bürge.

S will ein Darlehn aufnehmen, genießt aber keinen Kredit. G ist bereit, S ein Darlehn von 300 ℳ zu geben, wenn S einen Bürgen beibringt. S gelingt dies durch Gewinnung von B. G erhält dann in B nur einen Bürgen, wenn dieser erklärt:

1. „Ich will die 300 ℳ die Dir, G, der S aus Darlehn schuldet, als Schuld des S schulden."

Liegt der Erklärung ein anderer Inhalt zugrunde, z. B. B wolle die 300 ℳ schulden, „weil" oder „wenn" S dem G die Summe von 300 ℳ aus Darlehn schulde, so begründet B wohl eine Verbindlichkeit für sich, aber diese Verbindlichkeit ist keine bürgschaftliche. Es muß Inhalt der Erklärung sein, die Schuld des S als Schuld des S schulden zu wollen.

Daß die so formulierte Verpflichtung noch nicht ausreicht, um klar die gewollte Bürgschaftsverpflichtung zum Ausdruck zu bringen, erhellt ebenfalls bei genauer Betrachtungsweise; denn die Erklärung des B: „Ich will Dir, G, die Darlehnsschuld des S als seine Schuld schulden" — kann wieder als Mit- und Alleinschuldnerschaft des B aufgefaßt werden. Es bedarf daher:

2. der ausdrücklichen Erwähnung des B: „Ich will die Darlehnsschuld des S neben dem Dir, G, verpflichtet bleibenden S als Darlehnsschuld desselben schulden."

Für den von uns eingenommenen Standpunkt der Anlehnung an die fideiussio[21]) reichen aber beide Erklärungen noch nicht hin, denn durch die Existenz des Rechtsinstitutes der „selbstschuldnerischen Interzession" wird noch ein Mehr bedingt. — Es darf in bezug auf genannte Rechtsinstitute nicht verkannt werden, daß, was das Maß der begründeten Verbindlichkeit anlangt, recht beachtliche Unterschiede bestehen. In einer Gegenüberstellung einer Reihe der Folgen, die sich an die betreffenden Erklärungen des Interzedenten — einerseits des Bürgen, andererseits des Selbstschuldners — knüpfen, soll die Richtigkeit vorstehender Behauptung aufgezeigt werden. Zunächst der Umstand, daß beide Erklärungen — das eine Mal: Ich will als Selbstschuldner, das andere Mal: Ich will als Bürge haften — vom Rechte zugelassen werden, ergibt, daß sie beide eine besondere Bedeutung haben müssen, ihre rechtliche Wirkung also eine verschiedene sein muß.

[21]) Vgl. S. 6 oben.

Daß dies der Fall ist, tritt durch den Unterschied z. B. in bezug auf den Umfang der Verpflichtung deutlich hervor:

Der Bürge darf sich nicht zu durior verpflichten als der Hauptschuldner, da er ja nur eine Sicherung der gläubigerischen Forderung anstrebt[22]) — der Selbstschuldner kann es.

Bezüglich der Haftung ist diese beim Bürgen culpa und mora des Hauptschuldners umfassend[23]), beim selbstschuldnerischen Interzedenten nur auf culpa gehend; denn der Interzedent, der erklärt, wie ein Selbstschuldner für den Hauptschuldner haften zu wollen, stellt sich damit einem correus debendi gleich. Die Haftung eines correus debendi erstreckt sich aber nur auf culpa. Wollte man den correus debendi daher auch für mora des Hauptschuldners haften lassen, so würde man den Umfang seiner Haftung, den er sich selbst bei der Übernahme der fremden Schuld durch die ausdrückliche Erklärung, als solcher haften zu wollen, gesetzt hat, willkürlich erweitern[24]).

Der Bürge hat das Recht, sich aller Einreden des Hauptschuldners zu bedienen[25]), der Selbstschuldner hat sich dieses Rechtes begeben.

Das Wesen der Bürgschaft ist es daher, daß bei ihr Träger der zwischen Hauptschuldner und Gläubiger bestehenden Verbindlichkeit der Hauptschuldner bleibt, hingegen bei der selbstschuldnerischen Schuldübernahme der Interzedent Alleinverpflichter ist. Hieraus folgt, daß, wenn sich der Bürge verpflichtet, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu schulden, dadurch daß er sich dazu verpflichtet, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners niemals aufhört, eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu sein.

Mit Rücksicht auf die vorstehend aufgezeigten Unterschiede ist es daher notwendig, in dem mit dem Gläubiger des Hauptschuldners abgeschlossenen Vertrage

3. der beabsichtigten Verpflichtungsform besonderen Ausdruck zu verleihen; denn wie ausgeführt, sind die Ausdrücke „Bürgschaft" und „kumulative Schuldübernahme" nicht synonym.

Ich komme daher zu dem Ergebnis, die Bürgschaft im gemeinrechtlichen Sinne zu erkennen, als die vertragliche Verpflichtung

[22]) Hasenbalg S. 62, 179.
[23]) Westerkamp S. 59; Hasenbalg S. 64, cc, Abs. 1, S. 1.
[24]) Hasenbalg S. 64, cc, Abs. 2.
[25]) Westerkamp S. 59; Hasenbalg S. 65.

eines Dritten, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners neben diesem voll und ganz erfüllen zu wollen, wobei es aber der besonderen Erwähnung bedarf, daß Träger der Verbindlichkeit der Hauptschuldner bleiben soll und Rechtswohltaten, die letzterem zugute kommen, auch dem Interzedenten gegenüber Platz greifen sollen.

„Einstehen" im gemeinen Recht vermag ich daher nicht anders zu erklären als mit „erfüllen wollen",

„Verbindlichkeit" als mit „Forderung" = „obligatorische Verpflichtung" und

„einstehen für die Verbindlichkeit" als „haften wollen für die Forderung des verhaftet bleibenden Schuldners, sofern und soweit die Forderung besteht, und Sicherheit gewähren wollen für das, was durch den Hauptschuldner nicht erfüllt wird."

Aus dem vorstehend aus dem gemeinrechtlichen Bürgschaftsbegriff Gewonnenen gilt es, das Wesen unseres Bürgschaftsbegriffs im BGB. zu erfassen, da, wie aus den Motiven und Entwürfen zu entnehmen und auch wohl von Schwarze mit Recht behauptet wird, der gemeinrechtliche Bürgschaftsbegriff das Vorbild für unseren Bürgschaftsbegriff im § 765 BGB. geworden ist[26]).

### c) Die Bürgschaft des BGB.

Aus den Motiven und dem I. Entwurf geht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber an dem Sicherungszweck im Rahmen der früheren Institute festgehalten hat; denn § 668 des I. Entwurfs sagt ausdrücklich:

„Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge verpflichtet, die Verbindlichkeit des Dritten zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung derselben unterbleibt."

Wie die Bürgenverpflichtung inhaltlich aufgefaßt werden soll, sagt § 672 I. Entwurfs:

„Der Bürge haftet für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfang."

Gleich der oben herauskonstruierten Begriffsformulierung des gemeinen Rechts verlangt der I. Entwurf eine vertragsmäßige Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger, die Verbindlichkeit des Schuldners zu erfüllen, wenn seitens des Schuldners die Erfüllung unterbleibt, und zwar entsprechend dem Bestande und Umfang der Hauptverbindlichkeit.

---

[26]) Schwarze S. 15.

Der II. Entwurf hat für die Worte: „die Verbindlichkeit des Schuldners zu erfüllen usw." die Formulierung: „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen" gefunden.

Damit erhält man unter Rückgriff auf die Vorstellungen, die das frühere Recht damit verband, meines Erachtens Klarheit über die eingangs aufgeworfenen Fragen.

### α) „einstehen".

Der Ausdruck „einstehen" hat im Sprachgebrauch des täglichen Lebens folgende drei Bedeutungen:

Einmal wird der äußere Vorgang bei der Erklärung bezeichnet. So sagt man, X steht ein, wenn er erklärt: „Ich will zahlen."

Dann wird die Tatsache des Verpflichtetseins, des Zahlensollens damit bezeichnet. — Man sagt, X stehe für eine Forderung ein, wenn er verpflichtet ist, diese Forderung zu erfüllen.

Zum letzten wird auch die tatsächliche Erfüllung „einstehen" genannt.

Aus der Fassung des § 765 BGB. geht hervor, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „einstehen" in seiner letzten Bedeutung gebraucht.

Daher heißt „einstehen" im Sinne des Gesetzes: eine Forderung erfüllen.

Wenn Westerkamp sagt, daß „einstehen" einstehen mit dem Vermögen ist, so kann das nur heißen, daß das Vermögen des Bürgen „haftet", dem Zugriff des Gläubigers unterworfen ist.

Damit ist aber über das Wesen der Bürgenverpflichtung garnichts gesagt. Die Haftung des Vermögens ist nicht die gewollte rechtsgeschäftliche Wirkung der Verbürgung, sondern die rechtliche Folge des Bestehens der aus dem Bürgschaftsvertrag fließenden Verbindlichkeit. (S. 150, 161.) Den Inhalt dieser Verbindlichkeit gilt es zu klären.

### β) „Verbindlichkeit".

Weiter ist daher die Bedeutung des Wortes „Verbindlichkeit" in § 765 BGB. festzustellen.

Hierbei kommt es nicht darauf an, den ganzen Fragenkomplex: was ist Forderung, Anspruch, Verbindlichkeit im engeren Sinne und die Abgrenzung dieser Begriffe untereinander zu erörtern. Auch was das Gesetz in anderen Bestimmungen oder die Rechtslehre als Verbindlichkeit bezeichnet, braucht hier nicht geprüft zu werden, wo es lediglich darauf ankommt, den Sinn des § 765 BGB. zu ermitteln und damit den Begriff der Bürgschaft klarzustellen. Die hier angestellte Untersuchung hat davon auszugehen, daß Verbindlichkeit, die Rechtspflicht einer Person sich einer anderen Person gegenüber in bestimmter Weise zu verhalten, bedeutet.

Daß das Wort „Verbindlichkeit" in § 765 BGB. eine engere Bedeutung hat, ergibt die Erwägung, daß ein Einstehen für eine fremde Forderung nur möglich ist, wenn die Verpflichtung durch dritte Personen erfüllt werden kann[27]).

Es scheiden demnach sämtliche Verbindlichkeiten aus, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von dritten Personen nicht erfüllt werden können. Es ist z. B. zweifellos, daß Verpflichtungen spezifisch familienrechtlicher Art — wie Folgepflicht der Ehefrau, Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft — hier nicht gemeint sein können. Ebenso verhält es sich mit allen anderen Verpflichtungen, die höchstpersönlicher Natur sind, da der höchstpersönliche Charakter einer solchen Verbindlichkeit die Erfüllbarkeit durch einen Dritten nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließt. Andere Beschränkungen können sich aus der Natur des Schuldinhalts ergeben. So zählt eine Unterlassungspflicht zweifellos nicht zu den Verbindlichkeiten im Sinne des § 765 BGB., da eine Verpflichtung des Y sinnlos ist, eine Handlung für den Fall zu unterlassen, daß der X, den diese Unterlassungspflicht zunächst trifft, die Handlung vornimmt.

Desgleichen kann die Verbindlichkeit des § 765 BGB. nicht Verpflichtung auf künstlerische Leistungen umfassen, denn es ist unmöglich, daß man diese Leistung selbst erbringen könnte.

Ferner ist es klar, daß sowohl Genus- wie Speciesschulden Verbindlichkeiten im Sinne des § 765 BGB. sind, da der Gesetzgeber die Speciesschulden aus dem Kreis der Verbindlichkeiten, auf die er

---

[27]) So richtig Seyffert § 2.

die §§ 765 ff. BGB. Anwendung finden lassen will, nicht ausdrücklich ausschließt[28]).

So ist auch eine Verpflichtung, die die Übertragung eines Hauses zum Gegenstande hat, sehr wohl Verbindlichkeit im Sinne des § 765 BGB.

Nicht nur Verpflichtungen zur Beschaffung von Gegenständen, sondern auch zur Vornahme andersartiger Handlungen stellen Verbindlichkeiten gemäß § 765 BGB. dar.

So ist selbstverständlich auch ein dinglicher Anspruch Verbindlichkeit im Sinne des § 765 BGB., soweit es sich nicht um Unterlassungsansprüche handelt.

Dagegen sind reine Herrschafts- oder Verwertungsrechte an Sachen wie z. B. für das Recht des Eigentums oder das Recht des Mobiliarpfandgläubigers keine Verbindlichkeiten, da bei ihnen das der Verbindlichkeit charakteristische Moment — die Verpflichtung einer Person, sich einer anderen Person gegenüber in bestimmter Weise zu verhalten — fehlt.

„Verbindlichkeit" im Sinne des § 765 BGB. ist daher jede Verpflichtung, für die sich nicht aus rein rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine eventuelle Erfüllung durch dritte Personen verbietet.

γ) „einstehen für eine Verbindlichkeit".

Als letztes bleibt noch der Ausdruck „einstehen für eine Verbindlichkeit" zu klären.

Er bedeutet, eine bestehende für einen anderen übernehmungsfähige Verpflichtung für den ursprünglich Verpflichteten dessen Gläubiger gegenüber erfüllen, soweit der ursprünglich Verpflichtete seiner Verpflichtung nicht nachkommt. In dieser Verpflichtung liegt meines Erachtens primär die Verpflichtung begründet, sich dafür einzusetzen, daß der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt und subsidiär — bei Versagen des Schuldners, wenn die Anstrengungen vergeblich sein sollten, — die Schuld statt seiner zu erfüllen, so daß das Wesen der Bürgschaft, nämlich die Pflicht, für eine Verbind-

[28]) So auch Cosack § 158; Dernburg BGB. Bd. II. § 285, I; Oertmann Vorbem. 3, vor § 765; Planck § 765, Anm. 7 u. a. Aus der allgemeinen Fassung, die diesem Gedanken der gen. Autoren z. T. gegeben wird, kann man nicht mit Westerkamp S. 155 schließen, daß sie Verbürgung für Verbindlichkeiten jeder Art, also auch für Verbindlichkeiten höchst persönlicher Natur, Unterlassungsansprüche für möglich halten. Bei den meisten geht aus dem Zusammenhang unzweideutig hervor, daß sie nur eine Beschränkung auf Genus- oder gar Geldforderungen ablehnen wollen.

lichkeit einzustehen, sich letzthin auflöst in eine Verpflichtung, eine fremde Verpflichtung bei Versagen des ursprünglich Verpflichteten zu erfüllen[29]).

### d) Das Verhältnis der Bürgschaft zur Naturalobligation.

Wenn das Gesetz in § 762 BGB. sagt: Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, so scheint daraus hervorzugehen, daß eine Verbürgung für Spiel- und Wettschulden nicht möglich ist. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß das Wort Verbindlichkeit in genanntem Paragraphen eine andere Bedeutung hat als im § 765 BGB.

Der Gesetzgeber will offenbar nur sagen, daß durch Spiel und Wette keine klagbare Verbindlichkeit begründet wird. Der Schuldner ist auch rechtlich verpflichtet, zu zahlen, aber der Staat gewährt ihm nicht seinen gerichtlichen Schutz.

Ist aber eine Spielschuld rechtlich eine Verbindlichkeit, wenn auch mit schwächerem Inhalt, so ist auch eine Verbürgung, natürlich ebenfalls schwächer, möglich.

Wer sich für eine Spielschuld verbürgt, soll ebenfalls wie jeder Bürge eine fremde Forderung erfüllen.

Klage und Vollstreckung ist jedoch ausgeschlossen.

Hat aber der Bürge gezahlt, so kann er nicht kondizieren, selbst wenn er den Charakter der Schuld als Spielschuld nicht kennt[30]).

Voraussetzung jeder Bürgschaftsart, nenne sie sich Ausfall-, After- oder Rückbürgschaft, ist daher das Bestehen einer Verbindlichkeit; denn in allen den genannten Fällen besteht zwischen Gläubiger und Schuldner eine Verbindlichkeit und außer-

---

[29]) Westerkamp S. 169 glaubt, zwei Stufen des Inhalts der Bürgenverpflichtung erkennen zu können. Im ersten Stadium, bis der Gläubiger von dem Bürgen die Leistung verlangt, sei „der Bürge nur zum Einstehen für die Erfüllung, zur Sicherung der Erfüllung durch sein Einstehen verpflichtet." - Die Sicherung als tatsächliche Folge kann nicht der rechtliche Inhalt der Verpflichtung sein. Eine Sicherung herbeizuführen, ist das Motiv des Bürgschaftsvertrages. Das Einstehen in der ihm von Westerkamp gegebenen Bedeutung als Einstehen mit dem Vermögen habe ich bereits als rechtliche Folge des Bestehens einer Verpflichtung erkannt. Wenn Westerkamp als zweites Stadium, nach Leistungsverlangen des Gläubigers dem Bürgen gegenüber, als Inhalt der Bürgenverpflichtung die Pflicht, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, angibt, so entspricht dies dem Inhalt der oben gegebenen Darstellung.

[30]) a. A. RG. 47, 52; 52, 40; Planck zu § 762, 3 d; Staudinger § 762, III. 1 e; § 765, 6 a, α; Westerkamp S. 82 ff, die der Spielschuld den Charakter einer Verbindlichkeit absprechen.

dem eine bereits auf Grund dieser Verbindlichkeit eingegangene Bürgschaft. Soll daher eine Bürgschaft übernommen werden, so hat man als erstes darauf zu sehen, ob überhaupt eine gültige Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner besteht.

Es wird daher bezüglich des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers festzustellen sein, ob dieses eine Verpflichtung zwischen dem Hypothekar und dem Grundstückseigentümer begründet, damit auf Grund dieser Verbindlichkeit eine Bürgschaft seitens eines Dritten eingegangen werden kann; denn liegt in dem dinglichen Recht des Hypothekengläubigers nicht zugleich ein obligatorischer Anspruch, so kann angesichts des in Literatur und Rechtsprechung unbestrittenen akzessorischen Charakters der Bürgschaft[31]), d. h. dem unlösbaren Verbundensein der Verpflichtung mit dem Bestande der Hauptschuld, eine solche nicht begründet werden.

Damit komme ich zur Untersuchung der mehrfach umstrittenen Frage der Natur des dinglichen Rechtes, d. h. der Befugnis des Hypothekengläubigers, sich aus dem Grundstück befriedigen zu können (§ 1113 BGB.), und zuvor zum Wesen der Hypothek im allgemeinen.

## § 2.

## Das Wesen der Hypothek.

### a) Allgemeines.

Was das Gesetz unter der Hypothek versteht, sagt es in § 1113 BGB.

Dort heißt es:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)."

Mit dieser Definition legt der Gesetzgeber, ohne dabei auf die Frage der rechtlichen Konstruktion der Hypothek näher einzugehen, die wesentlichen Bestandteile, die in ihrer Gesamtheit das Wesen der Hypothek darstellen, genau fest.

[31]) Oertmann, Vorbemerkung 3 a zu § 765 BGB.; Staudinger § 765, Nr. 6; Reichel S. 84/85; Westerkamp S. 54; Schwarze S. 16; RG. 34, 156.

Als wesentliche Bestandteile werden folgende hervorgehoben:

Zunächst muß ein Grundstück vorhanden sein.

Darüber hinaus ist es auch gemäß § 1114 BGB. statthaft, an Bruchteilen und dem Grundstück gleichgestellten Berechtigungen eine Hypothek zu bestellen.

Die Hypothekenbestellung erfolgt in der gleichen Weise wie die sonst übliche Bestellung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück, d. h. gemäß § 873 BGB. auf Grund der Einigung zwischen dem Eigentümer des Grundstücks und dem Gläubiger über die Bestellung der Hypothek und die Eintragung derselben in das Grundbuch. Wie nun die Eintragung ihrerseits zu erfolgen hat, darüber gibt der Gesetzgeber im § 1115 BGB. die weiteren Ausführungsbestimmungen. Ihnen zufolge muß zunächst ein Gläubiger vorhanden sein, der Nutznießer der Belastung ist, und für den sich in der Rechtssprache die Bezeichnung Hypothekar herausgebildet hat. Als Hypothekengläubiger kommt nur der in Frage, der Inhaber der zu sichernden Forderung ist. Inhalt der Belastung kann nur die Zahlung einer bestimmten Geldsumme sein, weshalb der Geldbetrag in einer zahlenmäßig bestimmten Summe angegeben werden muß. Daneben läßt freilich das Gesetz über wertbeständige Hypotheken vom 23. Juni 1923 zu, daß die Höhe der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsumme durch den amtlich festgestellten oder festgesetzten Preis einer bestimmten Menge von Roggen, Weizen oder Feingold bestimmt wird. Ferner muß der eingetragene Gläubiger Gläubiger der also hypothekarisch gesicherten Forderung sein. Die Forderung muß so bezeichnet sein, daß sie sich von anderen Forderungen abhebt, und Gläubiger, Gegenstand, Schuldgrund und Schuldner klar erkennen läßt. Das Wichtigste ist aber, daß der, an dessen Grundstück die Hypothek bestellt wird, n i c h t zugleich Schuldner der persönlichen Forderung — also Schuldner und Grundstückseigentümer n i c h t dieselbe Person — zu sein braucht, und die Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Wie diese Zahlung zu bewirken ist, sagt § 1147 BGB.:

„Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung."

Wie diese wiederum zu betreiben ist, darüber enthält das Gesetz, betreffend „Die Zwangsversteigerung" und „-verwaltung von Grundstücken", die näheren Bestimmungen.

Damit sind die wesentlichen Merkmale der Hypothek erläutert. Doch herrscht über einzelne Erfordernisse nicht die oben durchgängig ausgeführte Ansicht.

So hat z. B. die Behauptung der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung einen lebhaften Streit entfacht.

Das Reichsgericht[32]) und die meisten[33]) stehen auf dem Standpunkt der Akzessorität, während Staudinger für die Verkehrshypothek das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dinglichem Recht und persönlicher Forderung ablehnt[34]).

Ich möchte mich mit der Rechtsprechung[35]), der überwiegenden Literatur[36]) und gestützt auf § 1153, Abs. 2 BGB., nach dem die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, für das Akzessoritätsverhältnis der Hypothek zur persönlichen Forderung entscheiden; denn besteht gemäß § 1163 BGB. die Forderung nicht oder geht sie gemäß §§ 1168, Abs. 1; 1170, Abs. 2; 1192, Abs. 1; 1175, Abs. 1, Satz 1, und 1173, Abs. 1, BGB., bei Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer oder des Eigentums durch den Gläubiger, durch Übertragung oder Erbgang unter[37]), ist mit anderen Worten ein Akzessoritätsverhältnis nicht mehr vorhanden, dann kann von dem Bestand eines dinglichen Rechtes als einer Hypothek keine Rede mehr sein. Es ist dann wohl noch eine Grundstücksbelastung vorhanden aber keine Hypothek, sondern gemäß § 1177, Abs. 1, Satz 1 BGB. eine Grundschuld[38]).

Ferner ist die eingangs erwähnte Frage der rechtlichen Konstruktion der Hypothek bis heute nicht vom Gesetzgeber beantwortet worden[39]). Ihrer Lösung sollte, wie es ausdrücklich in den Protokollen der 2. Kommission heißt[40]), durch die Annahme des § 1062,

---

[32]) RG. 81, 269.
[33]) Wolff, S.R. § 132, I, 1; Gierke II, § 157 IV, 1 und a.
[34]) Staudinger § 1113, I, 2.
[35]) RG. 18, 269; KG. 40, 258; OLG. 25, 185.
[36]) Planck, Vorbem. 2a vor § 1113; Fuchs, Übertrag. d. R.-A., S. 345/6; Güthe II, 2a; Hagemann, Zentr. Bl. 1921/22, S. 362.
[37]) KG. 25, 301; 29, 181; 30, 231; OLG. 18, 177.
[38]) Planck, Vorbem. 2a vor 1113; Wolff, S.R. § 132, I, 1; Nußbaum § 26, I, S. 129, Anm. 2.
[39]) Ebenso Planck, Vorbem. zu § 1113, 3, S. 762.

Abs. 1, I. Entwurfs[41]), der der Vorläufer unseres heutigen § 1113, Abs. 1 BGB. ist, absichtlich nicht vorgriffen werden.

Der II. Entwurf brachte ohne nähere Zusätze den Paragraphen 1113, Abs. 1 als § 1022, Abs. 1 in seiner heutigen Gestalt.

Einigkeit besteht über die Natur der Hypothek. Sie ist ein dingliches Recht. Die Motive sprechen es auch mehrfach nachdrücklich aus: „Die Hypothek ist gleich wie das Pfandrecht überhaupt ein dingliches Recht[42])". Die Hypothek stellt sich dar als eine Belastung des Grundstücks[43]).

Darüber hinaus ergibt sich meines Erachtens die dingliche Natur der Hypothek auch aus der Einreihung der Hypothek als Abschnitt 8 in das Sachenrecht des BGB.[44]).

Verschiedene Ansichten sind dagegen schon wieder hinsichtlich der rein theoretischen Erörterungen dienenden Frage, ob die Hypothek eine Pfandrechtsnatur habe, vertreten. Wolff und eine Reihe anderer bejahen diese Frage, Goldschmidt und Fuchs verneinen sie[45]). Die Frage hat indessen wenig praktische Bedeutung.

Den lebhaftesten Streit hat die Konstruktion des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers ausgelöst.

### b) Die Konstruktion des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers.

Drei Ansichten werden hier vertreten:

Die Theorie der Realobligation, die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung und die Theorie des Verwertungsrechtes.

Die erste Ansicht behauptet, der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks schulde aus dem Grundstück die Zahlung der bestimmten Geldsumme[46]).

---

[40]) Protokolle II, 3, S. 539, letzter Absatz.

[41]) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß der Berechtigte die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zur Befriedigung einer ihm zustehenden Forderung verlangen kann (Hypothek).

[42]) Motive III, S. 602, 633.

[43]) Motive III, S. 603, 633.

[44]) So auch Planck, Vorbem. zu § 1113, 3.

[45]) So Wolff, S.R. § 129, I; §§ 130 ff.; Goldschmidt, Arch. f. Zivilistische Praxis 20, S. 23 ff.; Fuchs, Grundbegriffe des S.-R., S. 100 ff.

[46]) v. Meibom, S. 39; Sohm in Grünhut 5, S. 33; Fuchs, Grundbegriffe § 15, I. — Früher auch Cosack: z. B. III. Aufl. seines Lehrbuches über das deutsche bürgerliche Recht, S. 217. In der 8., neubearbeiteten Auflage seines Lehrbuches § 74 III, c hat Cosack diese Ansicht fallen lassen und die Theorie der Realobligation als nur älteren und ausländischen Gesetzen eigen erklärt.

Mit anderen Worten: der Hypothekengläubiger hat einen Zahlungsanspruch gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer als Schuldner aus dem Grundstück, wobei der Inhalt der Schuld die Leistung aus der Sache ist, so daß der Schuldner die Erfüllung nicht aus seinem Vermögen schlechthin schuldet, sondern den Schuldbetrag nur aus dem Grundstück zu nehmen hat.

Diese Theorie findet zunächst eine gewisse Stütze in den der II. Kommission zur Beratung des BGB. zugrunde liegenden Anträgen, die die Auffassung deutlich erkennen lassen, daß der Gläubiger in der Person des Eigentümers einen Schuldner haben sollte, daß die Hypothekenbestellung eine Zahlungspflicht des Eigentümers begründe, die nur dieser und nur mit den Mitteln des Grundstücks zu bewirken habe. Im Verfolg dieser Ausführungen geht aus den Protokollen der II. Kommission hervor, daß diese sich zunächst für die Annahme einer Realobligation bezüglich der Hypothek zu entscheiden bereit war, daß sie aber eine dieser Auffassung entsprechende Fassung des § 1113 BGB. mit dem Hinweis darauf abgelehnt hat, es solle der rechtlichen Konstruktion nicht vorgegriffen werden[47]).

Weiter werden eine Reihe von Gesetzesbestimmungen, die für die Annahme einer Realobligation zu sprechen scheinen, von den Vertretern dieser Theorie ins Feld geführt.

So spricht das Gesetz in der Tat in § 1141 BGB. von einer „Kündigung" des Eigentümers an den Gläubiger. Ferner in § 1160, Abs. 2 BGB. von einer dem Eigentümer gegenüber erfolgten „Mahnung" und im § 1146 BGB. von einem Recht des Gläubigers auf „Verzugszinsen", wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in „Verzug" kommt, ebenso in den §§ 1137 ff. BGB. von dem Eigentümer gegen die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs zustehenden „Einreden", die die Annahme einer Zahlungspflicht des Eigentümers naheliegend erscheinen lassen. Auch scheinen die §§ 592, S. 2; 688, Abs. 1, S. 2 und 794, Ziff. 5 ZPO., nach denen der „Anspruch" aus einer Hypothek, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, für den Urkundenprozeß, das Mahnverfahren und die Zwangsvollstreckung als ein „Anspruch" gilt, für das Vorliegen einer Realobligation zu sprechen.

---

[47]) Prot. II, 3, S. 539; 582.

Auch wirtschaftliche Gesichtspunkte, die man zur Behauptung dieser Theorie angeführt hat, sind nicht zu unterschätzen.

So hat man gemeint, daß es der Natur der Sache am besten entspräche, in dem Grundstückseigentümer, der, um die Zwangsvollstreckung zu vermeiden, praktisch doch gezwungen sei, zu leisten, einen Leistungspflichtigen zu erkennen.

Eine solche Pflicht des Grundstückseigentümers entspräche der tatsächlichen Zwangslage und darüber hinaus auch dem Verkehrsinteresse[48]).

Wieder andere sehen in der Duldungspflicht des Grundstückseigentümers, sich die Beitreibung aus dem Grundstück gefallen lassen zu müssen, in der Verwertung des Grundstücks für die Erfüllung der gesicherten Forderung die Realobligation begründet[49]). Meines Erachtens sprechen überwiegende Gründe gegen die Annahme einer Realobligation.

Hier ist es vor allen Dingen die vom Gesetzgeber allenthalben im BGB. streng durchgeführte Trennung zwischen dinglichem und obligatorischem Recht und die Vermeidung jeden Ausdruckes, der für die Annahme einer „Zahlungspflicht" des Eigentümers sprechen könnte, jeder Bezeichnung des Grundstückseigentümers als „Schuldner".

Die §§ 1113, 1191 und 1199 BGB. sprechen nur davon, daß eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstück zu zahlen ist".

§ 1144 BGB. sagt: „Der Eigentümer kann gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes usw. verlangen."

§ 1146 BGB.: „Liegen dem Eigentümer gegenüber usw."

§ 1147 BGB. ordnet die Befriedigung des Gläubigers im Wege der „Zwangsvollstreckung" an.

§ 1142 BGB. erklärt den Eigentümer für berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist oder wenn der „persönliche Schuldner" zur Leistung berechtigt ist.

Ferner ist § 1143, Abs. 1, S. 1 BGB. mit dem Vorhandensein einer Obligation unvereinbar: denn tilgt der nicht persönlich schuldende Grundstückseigentümer die hypothekarisch gesicherte For-

[48]) Fuchs, Leipz. Ztschr. 1920, S. 843; Puntschart, S. 52 ff.

[49]) Siehe die bei Puntschart S. 50 ff. angegebene Literatur und Weisbecker S. 6.

derung des Hypothekars, so wird damit das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner zum Erlöschen gebracht, die Verbindlichkeit also erfüllt, die Hypothek aber bleibt nach dieser Bestimmung bestehen.

Gegen die Auffassung derer, die in der Duldungspflicht des Grundstückeigentümers, die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu gestatten, eine Realobligation erblicken, spricht die Inhaltslosigkeit dieser Pflicht, wenn der Grundstückseigentümer den hypothekarisch gesicherten Betrag zahlt. Denn da das dingliche Recht in einem Dulden der Befriedigung besteht, so würde durch die Zahlung des Grundstückseigentümers die Pflicht nicht erfüllt. Auf diese Weise käme man zu einer inhaltslosen Pflicht: denn der Grund, weshalb die Vollstreckung nur statthaft wäre, ist fortgefallen. Von einem Fortbestehen des dinglichen Rechtes könnte daher keine Rede mehr sein.

Ich komme daher mit der herrschenden Ansicht[50]) und mit Siber, der seine in Iherings Jahrbuch entwickelte Auffassung[51]) gleichfalls hat fallen lassen, zu dem Ergebnis, daß aus der angeblichen Bezeichnung der Grundpfandrechte als „Rechte auf Zahlung" (§§ 1113, 1191, 1199 BGB.) und der Gewährung eines „Anspruchs" auf Verzugszinsen aus dem Grundstück gegenüber dem Berechtigten (— wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, § 1146 BGB. —) nicht auf eine Realobligation geschlossen werden darf: denn diese Obliegenheit des Eigentümers ist keine Verpflichtung im Sinne des Obligationenrechtes.

Der § 1146 BGB. wäre unnötig, wenn eine Verpflichtung zur Zahlung der Hauptsumme bestände: denn dann würde sich eine Zahlung der Verzugszinsen schon aus § 288 BGB. ergeben.

§ 1146 BGB. gebraucht hier dafür, daß der Gläubiger Verzugszinsen haben soll, den Ausdruck „gebühren". Dieser Ausdruck, den wir z. B. auch in § 101 BGB. finden, ist absichtlich gewählt, um über die Konstruktion der Hypothek und die Art, wie sich das Recht des Gläubigers gestaltet, nichts zu sagen. Früchte „gebühren", kann

[50]) RG. 93, 236; KG. 11, 232; OLG. 25, 185; Hein 24 ff.; Hirsch, Übertragung, d. Rechtsausübg. Bd. I, S. 230, 335 ff., 427 ff.; Matthiaß § 196, III, 2; Nußbaum § 12, S. 48; Wolff, SR. § 131, II, 1; Staudinger § 1113, I, 1 a, α; v. Tuhr, Allg. Teil I, 116 ff.; Planck II, 1, S. 35 cc, ε.

[51]) Siber, Iherings Jahrb. 50, 136.

heißen, sie werden obligatorisch geschuldet. Aber notwendig ist dies nicht[52]).

Ferner verweise ich darauf, daß, wenn auch der nicht persönlich haftende Eigentümer unter den Voraussetzungen des § 284 BGB. verbunden mit § 288 BGB. für Verzugszinsen wie ein persönlicher Schuldner einzustehen hat, damit keineswegs eine Gleichstellung des Eigentümers mit einem säumigen Schuldner beabsichtigt ist. Dies geht meines Erachtens daraus hervor, daß der Gesetzgeber nur eine der Verzugsfolgen, die Folge der Verzugszinsen eintreten läßt und auch anläßlich dieser gesetzlichen Regelung wieder nicht, wie im § 286 BGB., den Ausdruck „schulden", in bezug auf den Eigentümer, sondern den farblosen Ausdruck — „gebühren dem Gläubiger . . ." — verwendet[53]).

Auch die gänzliche Nichtregelung anderer sonst unter ähnlichen Umständen bestehender Grundeigentümerpflichten, z. B. der Verwaltungspflicht, worauf Siber aufmerksam macht und dabei auf die entsprechende Verpflichtung besonders bezüglich des beschränkt haftenden Erben hinweist, sprechen gegen die Annahme einer Verpflichtung. Während der Erbe zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erträgnisse und des Verkaufserlöses des zum Nachlaß gehörigen Grundstücks verpflichtet ist (§ 1985 verb. § 1978 BGB.), ist beim Grundpfandrecht von einer solchen Verpflichtung des Grundstückseigentümers keine Rede[54]). Hätte der Gesetzgeber eine solche Pflicht des Grundstückseigentümers begründen wollen, dann hätte er sie den besonderen Schutzbestimmungen des Gläubigers, auf die später zurückzukommen sein wird, eingefügt.

Es ist auch nicht einzusehen, was für ein Unterschied besteht zwischen dem Rechte des Hypothekengläubigers, „Zahlung aus dem Grundstück" zu verlangen und demgemäß §§ 1204 und 1268 BGB. dem Fahrnispfandgläubiger zustehenden Rechte, Befriedigung aus der Sache zu suchen.

Durch den Zusatz: „Aus dem Grundstück" soll gezahlt werden, wird keine Zahlungspflicht des Grundeigentümers begründet, sondern nur zum Audruck gebracht, daß die Befriedigung des Gläu-

---

[52]) § 101 BGB.

[53]) So auch Staudinger, Bemerk. b zu § 1146 BGB.: „Für weitere Schadensersatzansprüche aus dem Verzuge als die, die der Anspruch auf Verzugszinsen in sich begreift, haftet das Grundstück nicht."

[54]) Siber in Plancks Kommentar II, 1, S. 35/36.

bigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB. erfolgen soll.

Lediglich also die Art, wie sich der Hypothekengläubiger in den Besitz seines hypothekarisch gesicherten Geldbetrages setzt, steht im Gegensatz zu der Befriedigungsart wie der Fahrnispfandgläubiger zur Realisierung seines Pfandrechtes schreitet. Hier muß er sich staatlicher Hilfe bedienen. Die Durchsetzung des Rechtes ist nur im Wege der Zwangsvollstreckung möglich, die einen vollstreckbaren Titel und die Mitwirkung eines staatlichen Organs, des Vollstreckungsrichters erfordert, während er dort sich selbst durch Pfandverkauf befriedigt[55]).

In allen Fällen ist aber ein Tätigwerden des Gläubigers offensichtlich. Der Grundstückseigentümer dagegen tut nichts. Nicht einmal von einem Dulden der Zwangsvollstreckung kann man reden, da ihm ja nur der Staat als Hoheitsperson und nicht der Gläubiger gegenübertritt.

Es ist also nicht er, der leistet, sondern es sind allenfalls, wie Wolff sich ausdrückt, die staatlichen Organe, die dem Gläubiger aus dem Erlöse des Grundstückes leisten[56]).

Von einem „Leistensollen" des Grundstückseigentümers kann danach keine Rede sein. Leistet der Grundstückeigentümer aber gutwillig Zahlung, so leistet er irgendwie sonst aus seinem Vermögen, aber nicht aus der Sache, aus dem Grundstück. Ein derartiges Leisten würde aber dem Wesen der Realobligation — nämlich dem Leistensollen aus der Sache — nicht entsprechen.

Ich möchte daher aus dem vorstehend Entwickelten wie aus dem Umstande der Sonderregelungen, die Zivilprozeßordnung und Bürgerliches Gesetzbuch in den mehrfach zitierten Paragraphen getroffen haben, den Willen des Gesetzgebers als gerade dahingehend erkennen, daß er einen unmittelbaren Leistungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer nicht begründet wissen will, womit folgerichtig die Anerkennung einer Realobligation für die Hypothek entfallen muß.

Die oben für die Annahme einer Realobligation sprechenden Vorschriften erklären sich, wie Planck-Strecker richtig ausführt, aus dem wirtschaftlichen Bedürfnis und der Ähnlichkeit, die das in Rede stehende Recht infolge seines Inhalts mit einem Forderungsrecht hat.

[55]) Staudinger § 1113, I, 1 a.
[56]) Wolff, S.R. § 131, II, 1.

Ein Grund, ein wirkliches Forderungsrecht anzunehmen, besteht nicht. Wie wollen auch die Vertreter der Realobligation den Fall beurteilen, wenn durch Aufgabe des Eigentums seitens des Grundstückseigentümers das Grundstück herrenlos geworden ist? —

Ich komme daher unter Bezugnahme auf meine obigen Ausführungen gegen die zum Teil von der Rechtsprechung[57]) und Literatur[58]) für die Hypothek behaupteten Theorie der Realobligation zu dem Ergebnis, diese mit dem Wesen der Hypothek als unvereinbar zu erklären.

Ein weiterer Versuch das dingliche Recht des Hypothekengläubigers zu konstruieren, begegnet uns in der von der Unterscheidung von Schuld und Haftung ausgehenden Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung.

Nach dieser Theorie „schuldet" der Grundstückseigentümer den hypothekarisch gesicherten Geldbetrag im Gegensatz zur Realobligation schlechthin, d. h. er soll leisten, „haftet" dafür aber nur mit dem Grundstück, d. h. er steht dafür also nur mit dem Grundstück ein[59]).

Die Theorie stützt sich darauf, daß, wie besonders Gierke behauptet, bei jedem modernen Grundpfandrecht sich mit der Sachhaftung eine den jeweiligen Eigentümer treffende dingliche Schuld verbindet, und das Fehlen einer persönlichen Schuld die Existenz einer dinglichen Schuld begrifflich notwendig macht[60]).

Die Anerkennung oder Ablehnung dieser Theorie ist, worauf besonders Planck hinweist[61]), einmal für die persönliche Haftung des Eigentümers für die Folgen des Verzugs, die Formulierung des Klagantrages des Hypothekengläubigers und des Tenors des den Eigentümer verurteilenden Erkenntnisses, sowie endlich für die Frage der Prozeßkosten von Bedeutung.

Geht man zur Prüfung der aufgestellten Theorie auf die Protokolle und die Motive zurück, so findet man für ihre Richtigkeit keinerlei Anhaltspunkte.

---

[57]) Seuff. Arch. 59, 207.

[58]) Otto Bähr (Arch. f. bürg. Recht 2, 150 ff.); v. Meibom (Arch. Ziv. Praxis 74, 338 ff.) und Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, 200 ff. (aber später anderer Ansicht).

[59]) Gierke, D.P.R. § 158, II, 2; Schulz, Arch. Ziv. Prax. 105, § 32, II; v. Schwind, S. 132, ders. Dogm J. 68, 34 ff., 50, Anm. 1, 84 ff., 164; Puntschart 105, 112.

[60]) Gierke, D.P.R. § 158, II, 2.

[61]) Planck, Vorbem. 1113, 3.

Auch im Gesetz findet sich für die von den Vertretern dieser Theorie aufgestellten Behauptungen keine Stütze.

Daß von einer Verpflichtung[62]) des Grundstückseigentümers irgend welcher Art weder in § 1113, noch im § 1191 BGB. die Rede ist, habe ich bereits nachgewiesen. Aus der Tatsache, daß das BGB. stets, wenn es vom Schuldner im Gegensatz zum Eigentümer spricht, sich des Ausdruckes „persönlicher Schuldner" bedient, zu folgern, daß es auch einen „dinglichen" Schuldner geben müsse, und ferner aus dem „Namen" Grundschuld für das von einer Forderung unabhängige Grundpfandrecht den Beweis für das Dasein einer dinglichen Schuld herzuleiten, erscheint mir sehr fragwürdig. Bei einer solchen Beweisführung müßte man auch, wie Wolff sehr richtig ausführt, aus der Bezeichnung Aktiengesellschaft zu der Behauptung kommen, diese habe eine Gesellschaftsnatur[63]). Der Ausdruck Grundschuld hat gar nicht die ihm von Gierke beigelegte symptomatische Bedeutung. Er ist nicht etwa vom Gesetzgeber als dem Wesen des zu benennenden Rechtsinstituts besonders entsprechend neu geprägt, sondern ist aus der Terminologie des Preußischen Grundpfandrechtes als bekannte und eingebürgerte Bezeichnung übernommen worden[64]).

Genau so wenig läßt die Ausdruckswahl „persönlicher Schuldner" gegenüber der gleichen Verwendung im Fahrnispfandrecht:

§ 1210, Abs. 1, Satz 2 BGB.:

> Ist der „persönliche Schuldner" nicht der Eigentümer des Pfandes . . . usw.

§ 1211 BGB.:

> Der Verpfänder kann . . . die dem „persönlichen Schuldner" . . . usw.
>
> Ist der Verpfänder nicht der „persönliche Schuldner", so verliert . . . usw.

den Schluß auf einen dinglichen Schuldner zu.

---

[62]) Schon in der Definition, die Gierke für das Grundpfandrecht gibt, findet diese irrige Auffassung ihren Ausdruck.

A. a. O. sagt er nämlich: „Das Grundpfandrecht ist ein dingliches Recht, kraft dessen die belastete Sache . . . haftet, die vom jeweiligen Eigentümer an ihm bewirkt werden soll." (Gierke, D.P.R. § 158, I.)

[63]) Wolff, S.R. § 131, III, Anm. 14.

[64]) Wolff, S.R. § 129, IV, 2.

Auch der hier wieder für die Begründung dieser Theorie herangezogene § 1146 BGB., der da sagt, daß der Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück verlangen dürfe, wenn dem mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges vorliegen, muß als nicht richtig verstanden, abgelehnt werden.

Übersehen wird wieder bei Heranziehung dieses Paragraphen, daß hier nur eine der Verzugsfolgen eintritt, die Verzugszinsen[65]), und der Eigentümer hier nur wie ein Schuldner der Hypothekensumme „behandelt" wird, nicht aber etwa Schuldner ist[66]).

Auf Grund dieser Bestimmung also auf eine Zahlungspflicht des Eigentümers, auf das Bestehen einer Schuld und demgemäß auf das Bestehen eines Anspruchs auf Zahlung auf Seiten des Berechtigten zu schließen[67]), ist daher verfehlt[68]).

Im übrigen mag darauf hingewiesen werden, daß die Ergebnisse der Beweisführungen Gierkes, des Hauptvertreters dieser Ansicht, keineswegs frei von Widerspruch sind. Denn er bezeichnet die seiner Ansicht nach im Grundpfandrecht wurzelnde Schuld nicht als eine Schuld im allgemein verstandenen Sinne, sondern als eine den Bestimmungen des Obligationenrechtes fremde, als eine Schuld „sachenrechtlicher" Art (S. 855), weil keine Verpflichtung der Person als solcher besteht (S. 856). Trotzdem spricht er aber (S. 854) von einem Leistensollen des Eigentümers, von einem Bekommensollen des Berechtigten; also von Schuld und Anspruch.

Folgt man den Gierkeschen Ausführungen, so ist eine dingliche Schuld entweder nur denkbar, wenn man in eine Personifikation des Grundstückes willigt, d. h. in ein Zahlensollen. — Dies lehnt Gierke aber selber mit Recht ab (S. 856, Anm. 21), da sich dafür keine gesetzliche Grundlage findet —, oder aber, wenn man erklärt, daß der Eigentümer als solcher Schuldner ist. Dies kann er aber nur dann sein, wenn man der dinglichen Schuld den Charakter einer Obligation im Sinne des Obligationenrechtes zubilligt. Eine solche soll aber die dingliche Schuld nach seinen Ausführungen ausdrücklich nicht sein.

---

[65]) Gierke a. a. O. S. 853, Abs. 2.
[66]) Prot. II, 3, S. 712.
[67]) Gierke a. a. O. S. 854.
[68]) Wolff, § 131, III, 3; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I. 430; Planck III, § 1146, Erl. 1.

Wäre eine dingliche Schuld tatsächlich Voraussetzung des dinglichen Rechtes, dann müßte mit dem Fortfallen der dinglichen Schuld auch das dingliche Verwertungsrecht erlöschen, das dingliche Recht sich seinem Wesen nach ändern. Dies ist aber nicht der Fall, denn die Haftung bleibt, selbst wenn das Grundstück herrenlos wird.

Wenn von anderer Seite [69]) aus dem Umstand, daß der Verpfänder in Verzug geraten kann (arg. § 1146 BGB.), der Schluß gezogen wird, daß das Pfandrecht eine „Schuld" des Eigentümers begründe und eine Haftung mit der Pfandsache enthalte, so mag demgegenüber auf den Wortlaut des § 1146 BGB. hingewiesen werden. Denn der Gesetzgeber vermeidet hier sorgfältig die Bezeichnung Verzug für die Rechtsstellung des Eigentümers.

Ferner wird die Erwägung herangezogen, daß das hypothekarische Recht eine Form der Haftung sei. Da nun eine Haftung ohne Schuld nicht denkbar sei, wird gefolgert, daß auch beim hypothekarischen Recht eine Schuld bestehen müsse. Dagegen ist nichts zu erinnern, wenn man als die erforderliche Schuld die persönliche Forderung betrachtet. Schulz scheint aber anzunehmen, daß man vom Bestehen einer Haftung auf eine Schuld desjenigen schließen könne, der durch die Haftung in seinen Rechten beschränkt wird. Damit wird in den Begriff der Haftung etwas hineingelegt, was in ihm nicht enthalten ist, und behauptet, was zu beweisen ist[70]).

Die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung ist mit der vom Gesetzgeber beobachteten strengen Scheidung zwischen obligatorischem und dinglichem Recht nicht zu vereinbaren. Sie bedeutet ein Zurückversinken in das Rechtsleben der Vergangenheit, daß auf anderen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen beruhte, als das Recht der Gegenwart[71]).

Gegen die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung sprechen weiter folgende Erwägungen:

§ 1142 BGB. sagt ausdrücklich, daß der Eigentümer zur Leistung „berechtigt" ist. Es vermeidet also peinlich von einer Verpflichtung des Eigentümers als solchem zur Zahlung der Hypothekensumme zu sprechen. Hieraus folgt ganz unzweideutig, daß der Eigentümer *nicht* verpflichtet ist[72]). Leistet der Eigentümer, so tut er das

[69]) Schulz, Arch. Ziv. Prax. 105, 228, § 32, II. a. E.
[70]) Derselbe a. a. O., S. 228.
[71]) So im Ergebnis Nußbaum § 12, I.
[72]) So auch Planck, Erl. 1 zu § 1142.

nicht, um seiner Verpflichtung nachzukommen, sondern weil er das ureigenste Interesse daran hat, das dem Hypothekengläubiger im Falle der Nichtzahlung seiner hypothekarisch gesicherten Forderung zustehende Verwertungsrecht seines Grundstückes abzuwenden.

Wenn das BGB. ferner in §§ 1137, 1138 und 1157 von einer „Einrede" spricht, so darf daraus gleichfalls nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht des Grundstückseigentümers im gewöhnlichen Sinne geschlossen werden. Es ist kein Leistungspflichtiger vorhanden. Es erhebt nur der, in dessen Rechtssphäre eingegriffen werden würde, einen berechtigten Widerspruch gegen die Geltendmachung des Pfandrechtes. Für die Hypothese der Verweigerung einer schuldnerischen Verpflichtung ist hier kein Raum.

Genau so verfehlt wäre es, wollte man aus dem gegen den Eigentümer erlassenen Urteil eine Leistungspflicht des Eigentümers herauskonstruieren. Das Urteil schafft nur für den Kläger das Recht auf Grund des darauf basierenden Titels, nunmehr mit Hilfe des Vollstreckungsgerichtes die Zwangsvollstreckung durchzuführen. Von einem „Anspruch" gegen den Eigentümer ist in dem Urteil nicht die Rede.

Der Klagantrag, der entsprechend dem dinglichen Klaganspruch, der verfolgt wird, die Dinglichkeit seines Inhalts nach außen hin erkennbar hervortreten lassen muß[73]), lautet im Fall der hypothekarischen Klage:

„Den Eigentümer zu verurteilen, die Befriedigung des Klägers aus dem belasteten Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekenforderung zu dulden."

Das Urteil, das in Verfolg des Klagantrages ergeht und das die Grundlage für den für die Zwangsvollstreckung erforderlichen Titel bildet, lautet:

„Der Eigentümer wird verurteilt, die Befriedigung des Klägers aus dem belasteten Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekenforderung zu dulden."

Auf Grund dieses Urteils erhält der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel.

Mit Hilfe dieses vollstreckbaren Titels schreitet dann der Gläubiger unter Abgabe desselben an die Vollstreckungsorgane zur Realisierung seines Rechtes.

---

[73]) RG. 49, 106; KG. 41, 232; OLG. 35, 332; Planck § 1147, Erl. 2 b.

Das Tätigwerden dieser Organe hat der Grundstückseigentümer zu dulden. Das Dulden der Zwangsvollstreckung ist keine privatrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche Pflicht, der der Eigentümer sich nicht widersetzen darf[74]).

Von einem Leisten des Grundstückseigentümers ist also keine Rede.

Ebensowenig kann man etwa aus der Pflicht des Grundstückseigentümers, wegen der Kosten des Prozesses und des Zwangsversteigerungsverfahrens die Zwangsvollstreckung in das Grundstück dulden zu müssen (§§ 91 ff. ZPO., § 10, Abs. 2 ZVG.), auf eine Leistungspflicht des Eigentümers schließen.

Die Bestimmung der ZPO. in § 91 und des ZVG. in § 10, Abs. 2 scheint eine Pflicht des Grundstückseigentümers hinsichtlich der Kostentragung zu begründen. Denn gemäß § 91 ZPO. hat die unterliegende Partei — im vorliegenden Falle also der Eigentümer — die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Nach § 93 ZPO. aber trifft den Beklagten (Eigentümer) diese Pflicht nicht, wenn er durch sein Verhalten keinen Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben hat. Vielmehr fallen die Kosten dem obsiegenden Kläger (Gläubiger) zur Last, wenn der Beklagte (Eigentümer) in der ersten mündlichen Verhandlung den vom Kläger (Gläubiger) geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt.

Diese Bestimmung schlägt daher stets ein, wenn es sich um eine hypothekarische Klage handelt — da der Eigentümer zu nichts verpflichtet ist — und der Beklagte den klägerischen Anspruch sofort anerkennt. Nicht der Eigentümer gibt den Anlaß zu der vom Gläubiger angestrengten hypothekarischen Klage, sondern die gesetzliche Forderung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung dem Vollstreckungsgericht einen vollstreckbaren Titel vorzuweisen (§ 724 ZPO. verb. § 16 ZVG.).

Kostenpflichtig ist daher insoweit stets der Kläger, selbst wenn er mit seiner Klage durchdringt.

Dies würde aber praktisch zu dem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, daß der zur Realisierung seines Rechtes zur Klage verpflichtete und im Prozeß obsiegende Kläger einen Schaden erlitte.

§ 1118 BGB. bestimmt andererseits, daß sich kraft der Hypothek die Haftung des Grundstückes um die Kosten der Rechtsverfolgung

[74]) Wolff, S.R. § 139, I, Anm. 6: Hein, Duldung, S. 28.

erweitert. Man wird daher die dem Kläger entstehenden Kosten ebenfalls durch die Zwangsvollstreckung mit erfassen und dies in dem Urteil zum Ausdruck bringen müssen. Wie dies zu geschehen hat, ist bestritten[75]).

Meines Erachtens ist hier der von Planck am angeführten Ort vorgeschlagene Weg gangbar.

Man wird das Urteil folgendermaßen formulieren müssen:

„1. Der Beklagte (Eigentümer) wird verurteilt, die Zwangsvollstreckung wegen:

a) der Hypothekensumme,

b) der dem Kläger (Gläubiger) zur Last fallenden Kosten des Prozesses in das Grundstück zu dulden (§§ 1113, 1118, 1147 BGB.).

2. Der Kläger (Gläubiger) wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreites zu tragen (§ 93 ZPO.)[76])."

Daß es hierzu eines besonders formulierten Klagantrages bedarf, ist meines Erachtens nicht nötig, zu fordern. Man wird sagen dürfen, daß dieser Kostenerstattungsantrag jeweils in dem hypothekarischen Klagantrag des Gläubigers mitenthalten ist[77]).

Also auch bezüglich der Prozeßkostenfrage kann ebensowenig wie in all den anderen Fällen eine Leistungspflicht — eine Schuld — des Grundstückseigentümers festgestellt werden.

Ich vermag daher allein der Wolffschen Auffassung zu folgen, die in der Übertragung schuldrechtlicher Ausdrücke auf das Verhältnis zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer, wie sie uns z. B. entgegentritt in:

§ 1141 BGB:

„Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek . . . usw."

und § 1160 BGB.:

. . . „Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam . . . usw.,"

[75]) Planck § 1147 BGB., Erl. 2 e am Anfang.
[76]) Seuff. Bl. 06, 407 ff.; Planck § 1147, Erl. 2 e.
[77]) So auch Fuchs, Seuff. Bl. 06, 407 ff.

nur rein terminologische Erleichterungen erkennt[78]), und kann mich hinsichtlich der Natur des dinglichen Rechtes nur der Theorie des Verwertungsrechtes anschließen.

Nach dieser Theorie ist der Inhalt des dinglichen Rechtes, daß es dem Berechtigten gestattet ist, dem Grundstück den der Hypothekenforderung entsprechenden Geldbetrag, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt ist, zu entnehmen, und zwar unter Bedienung staatlicher Hilfe, indem er durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück den ihm zustehenden Erlös erzielt[79]).

Der Handelnde ist der Berechtigte nicht der Grundstückseigentümer; es haftet allein das Grundstück. Für eine persönliche Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Gläubiger, für einen obligatorischen Anspruch des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer findet sich keine rechtliche Stütze[80]).

## § 3.

### Bieten die gegebenen Gesetzesbestimmungen dem Hypothekengläubiger genügenden Schutz zur Sicherung seines dinglichen Rechtes?

Die Tatsache, daß der Hypothekengläubiger in den Fällen, die den zitierten Urteilen zu Grunde liegen, eine vom Gesetzgeber bisher nicht berücksichtigte Sicherung seiner Hypothek haben wollte, läßt die Vermutung aufkommen, daß unser Hypothekenrecht besonders bei unseren z. Z. anormalen wirtschaftlichen Verhältnissen dem Hypothekengläubiger nicht genügend Sicherheit bietet, so daß er eines weitergehenden Schutzes bedarf. Es wird daher zunächst zu prüfen sein, wie es mit dem Schutz der gegebenen Bestimmungen bestellt ist, und ob, wenn sich ein weiterer Schutz als notwendig erweisen sollte, gerade mit einer bürgschaftlichen Sicherung des dinglichen Rechtes den gesetzlichen wie wirtschaftlichen Erfordernissen einwandfrei gedient ist.

[78]) Wolff, S.R. § 131, II, 2.
[79]) Wolff, S.R. § 131, I; v. Tuhr, Allg. Teil, I, S. 135; Hirsch, Übertr. I, 232 ff.; RG. 93, 236.
[80]) Staudinger § 1113, I, a.

Zu ersterem ist zu sagen, daß unser BGB noch über den Schutz, den die römische[81]) und die partikulare Gesetzgebung[82]) dem Hypothekengläubiger gegenüber dem Grundstückseigentümer gewährten, hinausgeht, denn jene Gesetzgebung erkannte nur bei erheblichen Substanzverringerungen des haftenden Grundstückes dem Hypothekengläubiger die Berechtigung zu, Sicherheit oder Befriedigung vor der Verfallzeit von dem Grundstückseigentümer zu fordern. Die Schutzbestimmungen des BGB. greifen bereits bei zu besorgender Gefährdung des Hypothekars Platz; denn in Erweiterung der in der früheren Gesetzgebung getroffenen Bestimmungen gewährt es dem Hypothekar bei bereits drohender Verschlechterung des Grundstückes selbst oder der mithaftenden Zubehörstücke oder einer unwirtschaftlichen Behandlung oder Verbringung derselben, die durch rechtswidriges Verhalten des Grundstückseigentümers oder eines Dritten zu besorgen ist, gemäß § 1134 und § 1135 BGB. einen quasi-negatorischen Anspruch auf Unterlassung der schädigenden Beeinträchtigungen gegen den Einwirkenden[83]).

Auch braucht diese Verschlechterung noch nicht einmal eingetreten zu sein, eine unmittelbare Rechtsverletzung der Hypothek nicht vorzuliegen, die Besorgnis allein, daß so etwas geschehen könnte, liefert nach heutigem Recht dem Hypothekengläubiger genügend Handhabe, um die Klage auf Unterlassung bei schädigender Einwirkung anzustrengen[84]).

Ist der Grundstückseigentümer sogar selbst derjenige, der die Gefährdung der Sicherheit der Hypothek durch sein Verhalten hervorruft, dann kann der Hypothekar außer der Klage auf Unterlassung auch noch gemäß Abs. 2 von § 1134 BGB. gerichtliche Maßregelung zur Abwendung der Gefahr durch Anordnung einer Zwangsverwaltung im Wege einer einstweiligen Verfügung verlangen[85]).

[81]) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1: Ulpianus liber septuagesimo tertio ad edictum. Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignore permittendum sit et puto dandum pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.

[82]) §§ 441, 442 A.L.R. I, 20; § 50 Preuß. E.E.G.; Stobbe-Lehmann II, 2, § 149; Dernburg. P.P.R. § 340; Wolff, S.R. § 138, II; Teuffel, § 1, S. 3 ff. und Anm. 1 zu S. 3.

[83]) Daß dieser Anspruch jedem gegenüber Platz greift, der in gefährdender Weise auf das hypothekarisch belastete Grundstück einwirkt, entspricht der Dinglichkeit der Hypothek (so auch Wolff, S.R. § 138, II, 2).

[84]) Staudinger, § 1134 BGB., Nr. 2; Seuff. Arch., Bd. 59, S. 457 und Bd. 63, S. 66.

[85]) Wolff, S.R. § 138, II, 2; Achilles-Greiff § 1134, Anm. 6 und die dort angef. Judikatur; ZPO. §§ 935 ff.; ZVG. § 25 und §§ 146 ff.

Bei bereits eingetretener, sicherheitsgefährdender Verschlechterung des Grundstücks selbst oder der mithaftenden Zubehörstücke oder einer ordnungswidrigen Entfernung von Zubehörstücken, z. B. durch Verkauf derselben[86]), kann der Hypothekar gemäß § 1133 BGB. dem Grundstückseigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung setzen. Schickt sich der Grundstückseigentümer daraufhin nicht an, die Gefährdung zu beseitigen, sondern läßt er die Frist erfolglos verstreichen, dann kann der Hypothekengläubiger, wie das Kammergericht in seinem Urteil des 2. Zivilsenats vom 17. Dezember 1915[87]) ausführt, genau so wie im Falle des § 326 BGB. bei ernstlicher und bedingungsloser Weigerung[88]) des im Verzuge befindlichen Schuldners seine Befriedigung sofort aus dem Grundstück suchen[89]).

Ob nun die Verschlechterung des Grundstücks und damit der Hypothek auf einer rechtswidrigen — z. B. durch Wegschaffung von Bestandteilen des belasteten Grundstücks (einer eingebauten Maschine), Abholzung des auf dem Grundstück befindlichen Waldes oder Brandstiftung des Pächters usw. — oder erlaubten — z. B. durch staatlichen Eingriff im Interesse des Verkehrs (teilweise Enteignung) — Handlung beruht oder auf irgendwelche Naturereignisse wie Sturmflut, Dammbruch, Erdbeben zurückzuführen ist, ist gleichgültig[90]).

Ebenso hat es der Hypothekengläubiger nicht nötig, noch die Fälligkeit seiner hypothekarisch gesicherten Forderung abzuwarten; denn ihre Fälligkeit hat mit der Geltendmachung der Sicherung seines dinglichen Rechtes nichts zu tun[91]).

Daß vorstehende, auf der Weiterbildung überwiegend partikularrechtlicher Grundsätze beruhende vielseitige Regelung der hypothekarischen Schutzbestimmungen des BGB.[92]) den wirtschaft-

---

[86]) OLG. 29, 361.

[87]) OLG. 34, 211.

[88]) RG. 66, 421; so im Ergebnis Enneccerus § 276, Anm. 21; Staudinger § 1133, 2 e.

[89]) Wolff, S.R. § 138, II, 1 a, b; a. A. aber zu Unrecht: Staudinger zu § 1132 BGB., 2 c, Abs. 1 und die dort von ihm angef. Literatur, die die Regelung nur für das Grundstück gelten lassen wollen, weil § 1135 BGB. die Verschlechterung von Zubehörstücken besonders regelt. Siehe aber d. Gesetzestext des zit. Paragraphen: „Einer Verschlechterung . . im Sinne der §§ 1133! usw. steht es gleich, wenn usw.

[90]) Wolff, S.R. § 138; Staudinger § 1133 BGB., 2 a.

[91]) Staudinger, § 1133 BGB., 3 a, c; r. . . Motive, S. 374.

[92]) Siehe hierzu Mugdan, Materialien, die Motive, S. 374.

lichen Verhältnissen der Gegenwart gerecht wird, kann nicht zugegeben werden.

Meines Erachtens ist es vor allen Dingen notwendig, den Schutz des Hypothekengläubigers bezüglich evtl. zu besorgender Verschlechterung des Grundstücks weiter auszubauen; denn weder der quasinegatorische Anspruch des Hypothekengläubigers, noch seine sofortige Befriedigungsmöglichkeit aus dem Grundstück vermögen ihm noch etwas zu retten, wenn im Verhältnis zu der zu sichernden Forderung nichts mehr da ist, der Wert des Grundstückes entweder durch die allgemeine Lage auf dem Grundstücksmarkt erheblich unter seinen ursprünglichen Wert herabgesunken oder durch Naturereignisse überhaupt wertlos geworden ist.

Für diese so gearteten Fälle bietet unser BGB. dem Hypothekengläubiger keinen genügenden Schutz.

Auch selbst die aus der Dinglichkeit der Hypothek sich dem Hypothekengläubiger bietende Möglichkeit, den Grundstückseigentümer bei rechtswidriger, schuldhafter Beeinträchtigung des Grundstücks gemäß § 823, Abs. 1 BGB. wegen unerlaubter Handlung belangen zu können[93]), bietet ihm keine hinreichende Gewähr; denn es dürfte fraglich sein, ob der Grundstückseigentümer überhaupt in der Lage ist, Schadensersatz zu leisten, und selbst, wenn er dies kann, ob die Schadensersatzleistung ein Äquivalent für den verlorenen Grundstückswert für den Hypothekengläubiger darstellt.

Daß dieser Schädigung des Hypothekars an sich am weitgehendsten durch die Bestellung einer Bürgschaft begegnet werden könnte, ist richtig; denn der Hypothekengläubiger wird sich über die Person und die Vermögenslage des ihm vorgeschlagenen Bürgen genau unterrichten, ehe er sich mit der Bürgschaftsübernahme desselben für das von ihm dem persönlichen Schuldner zu gebende Geld einverstanden erklärt und sich in Höhe der zu leistenden Geldsumme eine Hypothek eintragen läßt; die letzte Entscheidung daher, ob ihm die Sicherheit als genügend erscheint, hat der Gläubiger selbst.

Es wird nunmehr zu prüfen sein, ob die Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung zum Zwecke der Sicherung einer Hypothek mit den Wesenszügen der Hypothek in Einklang zu bringen ist.

---

[93]) RG. Seuff. Arch. 64, 454; 65, 100; 75, 236; RG. 63, 91; 73, 333; RG. Gruchot 55, 664 ff.; RG. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 75, S. 110; RG. Warneyer 1910, 281; OLG. 26, 150 ff.; 29, 358; 32, 389; Wolff, S.R. § 138, II vb. § 135, Anm. 11; Staudinger § 1133, 1; § 1121, V; § 1134, 8; § 1135, 3; § 823, II, A, 2, e: α, α α; § 823, III, A, 2 c; Oertmann, § 823, 3 und 4 b, ε; Biermann, § 1133, 5 a.

## § 4.

### Ist eine Bürgschaftsverpflichtung zum Zwecke der Sicherung einer Hypothek mit dem Wesen der Hypothek vereinbar?

Das Reichsgericht hat, wie ich in der Einleitung ausführlich dargelegt habe, in den Urteilen im 93. Bd., S. 236 und in der Entscheidungssammlung im „Recht" 1913, Nr. 1464 mit dem Hinweis auf die Dinglichkeit der Hypothek, dem Mangel einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit usw. der Eingehungsmöglichkeit einer bürgschaftlichen Verpflichtung in Ansehung des dinglichen Rechtes des Hypothekars widersprochen.

Die Entscheidung unserer Frage hängt in erster Linie von der oben eingehend behandelten Frage der rechtlichen Konstruktion der Hypothek ab.

Folgt man bezüglich der Natur des dinglichen Rechtes, was ich abgelehnt habe, den Vertretern der Theorie der Realobligation und der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung, so liegt in dem dinglichen Recht zugleich ein obligatorischer Anspruch begründet, der freilich von der persönlichen Forderung zu scheiden ist[94]).

Schließt man sich dagegen in Ansehung des dinglichen Rechtes der von mir vertretenen Ansicht des Verwertungsrechtes an, dann ist für eine Obligation, auch selbst für eine solche schwächeren Inhalts, eine Naturalobligation, kein Raum, dem Hypothekar steht nur das Recht zu, sich durch eigene Handlung den seiner hypothekarisch gesicherten Forderung entsprechenden Geldbetrag aus den Kräften des Grundstücks zu verschaffen, ohne daß ihm irgend jemand zur Leistung dieses Geldbetrages verpflichtet sein müßte[95]), und es liegt in der Duldungspflicht des Grundstückseigentümers kein Anspruch, sondern vielmehr eine öffentlich-rechtliche Pflicht begründet.

Bekennt man sich, wie es Sohm, von Meibom, Fuchs, Gierke, Puntschart und die übrigen von mir abgelehnten Schriftsteller tun, also in dem entwickelten Sinn für das Vorhandensein eines obligatorischen Anspruchs bezüglich des dinglichen Rechtes, so kann der Schutz des Hypothekars durch die Zulassung einer Bürgschaftsverpflichtung entsprechend erweitert werden. Zwischen Hypothekar

[94]) Staudinger, § 1113, I, 3.
[95]) So auch Wolff, S.R. § 129, I, a. E.

und Grundstückseigentümer besteht in diesem Fall das iuris vinculum obligationis, das Voraussetzung zur Eingehung einer Bürgschaft ist.

Am einfachsten liegt die Sache bei der Teorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung. Nach dieser Theorie liegt jedenfalls ein Leistensollen des Eigentümers vor. Diese dingliche Schuld zeigt die charakteristischen Momente der persönlichen Schuld. Der Unterschied liegt lediglich in der Haftung, hier unbeschränkte, dort beschränkte Haftung. Auf die Haftung kommt es indessen für unsere Frage nicht an. Die Bürgschaft setzt ein Leistensollen, eine Forderung voraus. Diese Forderung ist hier gegeben.

Bei Anerkennung der Theorie der Realobligation jedoch ist nicht erkennbar, wofür die Bürgschaft eingegangen werden soll; denn zur Zahlung schlechthin ist der Eigentümer nicht verpflichtet. Dafür wird also nicht gebürgt. Zur Zahlung aus dem Grundstück ist der Eigentümer schon selbst nicht in der Lage, da diese in der Form der Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat und diese hinsichtlich des eigenen Grundstücks von dem Eigentümer nicht bewirkt werden kann. Kann diese Zahlung also schon nicht von dem Eigentümer bewirkt werden, kann sie um so viel weniger von dem Bürgen durchgesetzt werden. Der Bürgschaftsvertrag würde daher für eine von Anfang an unmögliche Leistung eingegangen werden, und ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist gemäß § 306 BGB. nichtig.

Vertritt man dagegen den von mir eingenommenen Standpunkt des Verwertungsrechtes, dann ist mangels des Essentiales, der Verbindlichkeit, ein Schutz des Hypothekengläubigers durch eine Bürgschaft nicht möglich. Dieser allein richtige Standpunkt ist dann auch von der herrschenden Meinung, welche bezüglich der Konstruktion der Hypothek die gleiche Ansicht, wie hier verfochten, vertritt, folgerichtig durchgeführt.

Eigenartig ist Martin Wolffs Standpunkt in § 131, IV seines Sachenrechtes. Trotz seines Bekenntnisses zum Verwertungsrecht[96]) will er dem Hypothekar eine bürgschaftliche Sicherung seines Rechtes zubilligen.

Im § 131, III, 2 seiner Darstellung erklärt er den Gebrauch schuldrechtlicher Ausdrücke für die Hypothek lediglich als terminologische Erleichterungen des Gesetzgebers, denen gerade nicht die

[96]) Wolff a. a. O., § 131, I.

ihnen von den Vertretern der Realobligation und dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung beigelegte Bedeutung eigen ist. Wenige Zeilen später hält er das Gleiche, was er zuvor bei den anderen als dem Gesetzesinhalt widerstreitend bezeichnet, aus den gleichen Gründen wie jene für möglich.

Man vergleiche die entsprechenden Äußerungen der beiden Schriftsteller, die ich wörtlich folgen lasse:

Fuchs sagt in der Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht:

„Das BGB. spricht, . . ., in den §§ 1141, 1160, 1193, 1194 von Fälligkeit des Kapitals, Kündigung, Mahnung, Zahlungsort usw., alles Ausdrücke, die mit der Natur des hypothekarischen Rechtes als eines Selbstverwertungsrechtes, eines Rechtes zur Entnahme einer Geldsumme aus dem Grundstück und der bloßen Duldungspflicht des Eigentümers nicht im Einklang stehen[97]).“

Demgegenüber steht bei Wolff in bezug auf obige Paragraphen des BGB. zu lesen:

„Allein wenn hier und in anderen Wendungen schuldrechtliche Ausdrücke auf das Verhältnis des Berechtigten zu dem Eigentümer übertragen werden, so handelt es sich dabei nur um eine terminologische Erleichterung und Vermeidung neuer Ausdrucksprägung[98]).

und weiter unten:

„Ähnliches gilt von dem sogenannten „Verzug“ des Eigentümers; . . . Der Eigentümer, . . ., scheint hier als säumiger Schuldner zwar nicht bezeichnet, aber behandelt zu werden. Allein dem ist nicht so usw. . . . Verzugszinsen werden von dem Eigentümer nicht geschuldet[99]).

So und ähnlich auch an anderen Stellen seines Lehrbuches[100]) leugnet er jegliches Schuldverhältnis in Ansehung des dinglichen Rechts, ja sogar noch in den Eingangsworten des Abschnittes IV legt er die ausdrückliche Feststellung zugrunde, daß das Grundpfandrecht gegen den Eigentümer einen Leistungsanspruch nicht begründet. Und trotzdem kommt Wolff zu der Behauptung, „daß es dennoch einen guten inneren Grund habe, wenn unsere Zivil- und

[97]) Fuchs a. a. O., S. 843, 1 c.
[98]) Wolff a. a. O., § 131, III, 2.
[99]) Derselbe a. a. O., § 131, III, 3.
[100]) Wolff a. a. O., § 129, I, a. E.

Prozeßgesetze nach einigen Richtungen hin das Recht zur Entnahme einer Geldsumme aus einer Sache einem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleich behandeln."

In Verfolg dieser Äußerung folgen die Sätze: „So sind Hypotheken- und Grundschuldgläubiger im Sinne des § 2 Anfechtungsgesetzes „Gläubiger" und deshab unter Umständen zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Eigentümers befugt. So kann ein Verwertungsrecht, gleich wäre es ein Anspruch, durch Bürgen oder Pfänder gesichert werden: . . . aber es hieße einen methodischen Schnitzer begehen, wollte man diese terminologische Erleichterung in die Annahme einer „Schuldnerschaft" des Eigentümers umdeuten[101])."

Mit dieser Begründung begeht Wolff meines Erachtens gerade selber „den methodischen Schnitzer", den er seinen Gegnern vorwirft, indem er aus den terminologischen Erleichterungen zwar nicht zur Annahme eines Schuldverhältnisses in complexu, wohl aber zu dem Vorhandensein einzelner Auswirkungen eines Schuldverhältnisses kommt, die aber ohne die Existenz eines solchen nicht vorstellbar sind; es sei denn, daß das Gesetz einzelne schuldrechtliche Normen auf die entsprechenden Materien überträgt.

Es liegt den Ausführungen Wolffs ein falscher Analogieschluß zugrunde: aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber einzelne Normen des Schuldrechtes auf das Verwertungsrecht Anwendung finden läßt, schließt er auf das Vorhandensein anderer vom Gesetzgeber nicht genannter Normen. Eine derartige Schlußfolgerung ist aber unzulässig, da die Übertragung schuldrechtlicher Normen auf die hier interessierende Materie einen Ausnahmecharakter trägt, und die Umstände, die zur analogen Anwendung von Ausnahmesätzen berechtigen, hier nicht vorliegen.

Der Gegensatz zwischen dinglichem Recht und Forderungsrecht ist nach unserem BGB. so groß, daß eine analoge Anwendung, wie sie Wolff beabsichtigt, nicht zulässig ist. Auch im BGB. ist die Grundlage des dinglichen Rechtes die Herrschaft über eine Sache. Es können sich wohl Ansprüche aus dieser Herrschaft ergeben, die sich gegen den einzelnen richten, aber diese sind damit noch keine obligatorischen Ansprüche. Hier ist eine Übertragung der Sätze des Schuldrechts auf diese Ansprüche in Analogie denkbar. Das Schuld

[101]) Derselbe § 131, IV.

recht gibt Beziehungen zwischen bestimmten Personen. Es sind Verpflichtungsverhältnisse. Herrschaftsrechte und Verpflichtungsverhältnisse sind ganz verschiedener Art. Wo nun, wie bei der Bürgschaft, eine Verpflichtung Voraussetzung ist, kann eine Analogie für die Hypothek, insoweit als sie einzig und allein eine Herrschaft über die Sache gewährt, nicht in Frage kommen.

Wolffs Ansicht, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers durch eine Bürgschaft gesichert werden könne, ist daher abzulehnen[102]).

Zugeben will auch ich, daß die Ausdrucksweise des Gesetzgebers in § 1113 BGB. keine glückliche ist, und seine terminologischen Erleichterungen, deren er sich in den einzelnen Gesetzen bedient, wie die verschiedenen vertretenen Ansichten hinsichtlich der Natur des dinglichen Rechtes es beweisen, Raum zu den oben besprochenen Fehlauslegungen gewähren.

De lege lata ist daran nichts zu ändern. Man wird, um im einen oder anderen Falle Mißdeutungen vorzubeugen, jeweils zu dem Ausweg besonders eingehender Begründung schreiten müssen.

De lege ferenda kann hier nur durch entsprechende Zusätze dem Kampf der Meinungen ein Ende bereitet werden, indem man z. B. dem § 1113, Abs. 1 BGB. die Worte anfügt:

„Womit aber keine Leistungspflicht des Grundstückseigentümers begründet wird."

Für die Gegenwart gilt es, mit den zu Gebote stehenden gesetzlichen Mitteln dem Hypothekengläubiger den ihm gebührenden Schutz werden zu lassen.

Gegenstand der Behandlung des nächsten Paragraphen wird es daher sein, auf Grund der bestehenden Gesetzesvorschriften einen Schutz des Hypothekengläubigers zu ermöglichen.

---

[102]) So auch neustens Marwitz im Handwörterb. d. Rechtswissensch., S. 856. a. E., besonders bezüglich der Grundschuld.

## § 5.

**Wie läßt sich eine rechtlich mögliche Sicherung des materiellen Wertes einer Hypothek schaffen?**

Da die Bestellung einer Bürgschaft für die Sicherheit des dinglichen Rechtes mangels Vorhandenseins einer persönlichen Verbindlichkeit zwischen Hypothekengläubiger und Grundstückseigentümer ausscheidet, wende ich mich den bürgschaftsähnlichen Verträgen — der kumulativen Schuldübernahme und dem Garantievertrag — zu, um zu sehen, ob unter Umständen mit ihrer Hilfe die Schutzbestimmungen des Hypothekengläubigers vermehrt, durch ihren Abschluß die Fälle miterfaßt werden können, für die die speziellen Schutzvorschriften des BGB. dem Hypothekengläubiger keine Sicherheit zu gewähren vermögen.

Auf die kumulative Schuldübernahme näher einzugehen, erübrigt sich, da auch bei dieser ein Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Grundstückseigentümer, neben das der neue Schuldner tritt, Voraussetzung wäre[103]) und das Bestehen eines solchen für das dingliche Recht abgelehnt war.

Anders der Garantievertrag, der ein solches Erfordernis nicht verlangt; denn der Garantievertrag ist ein einseitiger, selbständiger Vertrag, durch den sich jemand — der Garant — ohne Bezugnahme auf andere Rechtsverhältnisse dazu verpflichtet, ganz oder teilweise für die Gefahr bzw. für einen bestimmten Erfolg, die oder der dem anderen Teil aus einer Unternehmung irgendwelcher Art erwächst, einzustehen[104]).

Der Garantievertrag unterscheidet sich von der Bürgschaft dadurch, daß er äußerlich keiner bestimmten Form, wie sie § 766 BGB. für die Bürgschaft vorschreibt, zu seiner Gültigkeit be-

---

[103]) Enneccerus, § 417, I; Salinger, Arch. f. bürg. Recht 28, S. 81; Westerkamp, S. 36; Reichel, S. 1; Oertmann, Vorbem. zu § 414, Ziff. 2.

[104]) Enneccerus, § 417, II; Cosack, Bd. I, § 159, III; Stammler, Arch. Ziv. Pr. 69, S. 1 ff.; Unger, Dogmat. Jahrb. 33, S. 299 ff.; Ebbecke, Recht 1911, S. 817; Oertmann, Bem. 2 d zu § 677 BGB. und Vorbem. zu § 765 BGB., 2 a. E.; Staudinger, Vorbem. zu Tit. 18, 6 b; OLG. Karlsruhe, 4. Zivilsen. Urteil v. 9. 12. 05 (OLG. 12, 98); Neumann, § 765; RG. in Bayr. Ztschr. f. Rechtspfl. 1906, Nr. 12; Marwitz, Bürgschaft 3 a.

darf[105]), und daß er inhaltlich von einer zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden Schuld unabhängig ist und selbständig für einen bestimmten, zukünftigen Erfolg einstehen will.

Um ein derartiges Einstehen handelt es sich in den Fällen, die ich vorhin — § 2 meiner Darstellung — aufgezeigt habe; denn der Hypothekar besorgt wegen Lage des Grundstücks, Überlastung desselben mit Hypotheken, sogenannten Schornsteinhypotheken (wie man sie häufig bei Landgütern beobachten kann, wo sich die Tatsache feststellen läßt, daß beispielsweise auf einem Grundstück von 30 000 *M* etwa sechs bis acht, bisweilen sogar zehn Hypotheken zu je 3000 *M* eingetragen sind) oder der Unstetigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse, daß ihm das Grundstück ohne weiteres eine genügende Sicherheit bietet. Eine anderweitige Sicherung seiner Forderung ist aber nicht möglich; das einzige Wertobjekt, das ihm zur Sicherung geboten werden kann, ist das Grundstück. Der Zweifel an dem zureichenden materiellen Wert des Grundstücks soll dann beseitigt werden können durch die Garantie eines Dritten, daß trotz einer eventuellen Verschlechterung des Grundstücks bei der in das Grundstück betriebenen Zwangsvollstreckung der Betrag der hypothekarisch gesicherten Forderung herausgeholt wird.

Daß in der Praxis ein Einstehen für die Güte einer Hypothek — insbesondere beim Verkaufe einer Hypothek — häufig vorkommt, beweist die Judikatur[106]).

Hierfür auf eine Bürgschaftsübernahme zu erkennen, ist von den Gerichten bislang abgelehnt worden[107]).

Übereinstimmend heißt es, wie im Urteil des Oberlandesgerichtes Stuttgart vom 15. Dezember 1921: „Für den dinglichen Hypothekenanspruch kann eine Bürgschaft nicht eingegangen werden[108])."

In Zweifelsfällen haben sich die Gerichte jeweils mehr für das Vorliegen eines Garantievertrages als einer Bürgschaft entschieden. Ob an eine Bürgschafts- oder eine Garantieübernahme ge-

---

[105]) Oertmann, Vorbem. zur Bürgschaft Nr. 2 letzt. Abs. vb. Bem. 2 d zu § 676: „Die Formvorschrift des § 766 — Schriftlichkeit — ist somit auf ihn nicht anwendbar."

[106]) Staudinger, II, 1 § 438 BGB., 4; RG. Hess. Rechtspr. 12, 345; Neumann, Jahrb. 1913, § 765 BGB., I.

[107]) Enneccerus, II, § 411, Anm. 1 und die dort angef. Lit. und Rechtsprechung.

[108]) OLG. 43, 85; RG. Recht 1913, Nr. 1464; RG. Zentralbl. f. F.G. 13/14, S. 64, Nr. 248; RG. Neumann Jahrb. 1914, § 765, 4; 1918, § 765 5; 1924, § 765, 2.

dacht ist, ist, wie das Kammergericht in seinem Urteil vom 29. Januar 1918 sagt, nicht vom Wortlaut, sondern vom Inhalt der im Einzelfall getroffenen Vereinbarung abhängig[109]).

Es kommt darauf an, welcher rechtsgeschäftliche Erfolg den Erklärenden vorgeschwebt hat.

Einmal ist denkbar, daß der Eintretende sich den Eigentümer des belasteten Grundstücks als Schuldner vorgestellt hat und daß er für dessen vermeintliche Schuld einstehen wollte. Dann liegt tatsächlich eine Bürgschaftserklärung vor, deren rechtsgeschäftlich gewollter Erfolg aber nicht eintreten kann. Daher bleibt nur eine Umdeutung der als Bürgschaftserklärung gewollten Erklärung in eine Garantieübernahme übrig.

Eine solche Konversion wird hier stets zulässig sein, da die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Bürgschaft als solcher die Aufrechterhaltung ihrer Abmachung als Garantievertrag gewollt haben würden (§ 140 BGB.).

Liegt der Fall aber so, daß der Erklärende für den Erfolg der Zwangvollstreckung eintreten wollte, und ist dies erkennbar, so ist die Annahme eines Garantievrtrages auch dann zulässig, wenn die Parteien ihre Abmachungen als Bürgschaft bezeichnet haben. Eine Umdeutung des Vertrages ist dann nicht notwendig.

Da aus all den Urteilen überwiegend hervorgeht, daß die Parteien bei Abschluß ihrer Verträge der sachlichen Gefährdung des dinglichen Rechtes begegnen wollten, also eine sachliche Garantie anstrebten, d. h. den Abschluß eines Garantievertrages im Auge hatten, möchte auch ich den Garantievertrag für die Sicherung des hypothekarischen Rechtes als das wirtschaftlich Gegebenste und rechtlich Zweckmäßigste halten.

Dann sind die von mir im § 2b abgelehnten Konstruktionen einer Realobligation oder dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung unnötig, und ein Streit, ob sie erforderlich oder entbehrlich sind, ist müßig. Mit den uns zu Gebote stehenden Rechtsinstituten kommen wir aus. Wir sind dann durch nichts gehalten, die Gesetzesbestimmungen der Bürgschaft, wie Wolff es will, auf Verhältnisse

---

[109]) RG. 72, 138; 92, 121; RG. Gruchot 60, 1005; JW. 12, 455; 16, 904; 23, 368; Recht 1916, Nr. 1288; 1918, Nr. 514; L.Z. 22, 711; Warneyer E. 10, 107; 1913, Nr. 8; 1914, Nr. 74; 1916, Nr. 206; Neumann Jahrb. 1917, § 765, Ziff. 3a; 1919, § 765, 1b; 1924, § 765, 1a.

auszudehnen, die ihrem Wesen widersprechen. Ohne uns den wirtschaftlichen und rechtlichen Forderungen der Gegenwart zu verschließen, bleibt dann ohne Umdeutung unseres Gesetzestextes unser Recht stabil.

Ich komme daher aus Vorstehendem zu dem Ergebnis, die Behauptung Martin Wolffs, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers durch eine Bürgschaft gesichert werden könne[110]), endgültig abzulehnen, da ich glaube, dafür hinreichend den Nachweis geführt zu haben, daß der Garantievertrag den Forderungen auf weitergehenden Schutz des Hypothekars vollauf gerecht wird.

Damit habe ich auch die Antwort auf die eingangs dieses Paragraphen gestellte Frage gegeben.

Die rechtlich weiterhin erforderliche Sicherheit für das dingliche Recht des Hypothekars läßt sich durch den Abschluß eines Garantievertrages seitens des Hypothekengläubigers mit einem Dritten, der dafür die Gewähr übernimmt, daß jenem für unvorhergesehene Fälle sein hypothekarisch formal gesichertes Recht auch tatsächlich wird, ohne weiteres erreichen.

---

[110]) Wolff, S.R. § 131, IV.

FELGENTREFF & CO. BERLIN S. 42.